THÈSE DE
CAEN.
1889
N°. 9.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

LE NEXUM & LES DÉBITEURS A ROME

DROIT FRANÇAIS

DE LA PUBLICITÉ

DES

TRANSMISSIONS DE DROITS PERSONNELS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉATRE DE LA FACULTÉ

Le Mardi 2 Juillet, à 4 heures du soir

PAR

ALBERT THIERRY, AVOCAT

Né le 6 Mars 1866, à EVREUX (Eure)

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

—

1889

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

LE NEXUM & LES DÉBITEURS A ROME

DROIT FRANÇAIS

DE LA PUBLICITÉ

DES

TRANSMISSIONS DE DROITS PERSONNELS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉATRE DE LA FACULTÉ

Le Mardi 2 Juillet, à 4 heures du soir

PAR

ALBERT THIERRY, AVOCAT

Né le 6 Mars 1866, à EVREUX (Eure)

JURY D'EXAMEN

MM.

GUILLOUARD,	*Professeur*, PRÉSIDENT.
LAISNÉ-DESHAYES,	*Id.*
CABOUAT,	*Id.*
GAUCKLER,	*Agrégé.*

LE NEXUM

ET

LES DÉBITEURS A ROME

ÉTUDE DE DROIT ROMAIN

Lex Pœtilia.....
Velut aliud initium libertatis. (TITE-LIVE, VIII, 28.)

MEIS ET AMICIS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0021

INDEX

DES TEXTES, SOURCES, ET AUTEURS CITÉS

I. — TEXTES

LEX XII TABULARUM

(D'après VOIGT, *Das civil. - u. criminal Recht der XII Tafeln*, Leipzig, Liebeskind, 1883 ; I, p. 693, seqq.).

Tab. I. fr., 1, 2, 4, 6.
II. 1, 4.
III. Entière.
V. 1, 11, 13.
VII. 1, 2, 3, 8, 14, 15.
VII. 17.
XI. 6, 8.
XII. 1, 3.

LEX RUBRIA GALLIÆ CISALPINÆ

(D'après BLONDEAU, *Institutes de l'empereur Justinien*, Paris, 1838, II, p. 78).

INSTITUTES DE JUSTINIEN

I. 3. *De jure personarum*, § 4.

PANDECTES

I. 2. *De origine juris*, L. 2, § 1.
IV. 3. *De dolo*, LL. 17, § 1. — 26 — 27.
IV. 6. *Ex quibus causis*, L. 23, *pr.*
XVI. 3. *Depositi*, L. 18.
XIX. 1. *De Act. emti*, L. 11, § 9.
XX. 2. *In quibus causis pignus*, L. 8.
XXIII. 3. *De jure dotium*, LL. 9, § 1. — 43.
XXVII. 3. *De tut. act*, L. 1, § 23.
XXXIII. 2. *De usu*, L. 3.
XXXVII. 15. *De obseq*, L, 2, *pr.*
XL. 7. *De statulib.*, L. 9, § 2.
XL. 12. *De liberali causa*, L. 37.
XL. 13. *Quibus ad lib. proclamare*, LL. 1-4.
XLII. 1. *De rejudicata*, LL. 4, § 5. — 34.
XLII. 2. *De confessis*, L. 6, pr.
XLV. 1. *De Verb. oblig.*, L. 126, § 2.
XLVII. 2. *De furtis*, L. 17, pr.
L. 16. *De Verb. signific.*, LL. 48. — 234, § 2.
L. 17. *De reg. juris*, LL. 77 — 100.

CODE DE JUSTINIEN

I. 4. *De episcop. audientia*, C. 23.
IV. 10. *De oblig. et act.*, C. 12.
IV. 19. *De probat.*, C. 1.
VIII. 25. *De partu pignoris*, C. 2.
IX. 5. *De privatis carcer.*, C. 2.

NOVELLES DE JUSTINIEN

Nov. 134, C. 7.

FRAG. VATICANA

§§ 50-329.

MOS. ET ROM. LEGUM COLLATIO

XIV. 2, 1.

PAULI *Recept. sententiæ*

I. 19, 1.
II. 17, 4 — 18, 1.
V. 26, 1.

GAJI COMMENT.

I. 114, 115, 117 à 119, 122, 140, 141, 162, 222.
II. 22, 27, 86, 103 à 105, 114, 204.
III. 78, 173 à 175, 189, 199.
IV. 21, 25, 30, 31, 113.

II. — SOURCES

Appien. *De bell. civil*, I, 1.

Aulu-Gelle. *Noct. att.*, XIII, 12. — XV, 3, 13, 27. — XX, 1.

Cicéron. *Ad. Cur fam.*, 7, ch. 30, *in medio*.
Brutus, 14. — *De Haruspit. resp.*, CC. 7, 26.
De off., III, 12, 16, 37.
De orat., I, 57.
De rep., II, 33, 34. — *Paradox.*, I, 35, 5.
Phil., V, 12. — *Pro Cœcina*, 33 à 35.
Pro Flac., 20, 21. — *Pro Murœn.*, 2.
Topic., 5, 10.

Denys d'Halicarnasse *Antiq. rom.* (éd. et trad. Reiske. Leipzig, 1774)
II, 24, 27, 40.
IV. 9, 11.
V. 53, 64, 68, 69.
VI. 1, 23, 24, 26, 29, 37, 41, 45, 59, 79, 82 à 84.
Excerpta, XVI, 5

Diodore de Sicile. I, 79.

Festus. *Vis Justi, Nectere, Nexum, Nuncupata, Rodur.*

Florus. I, 23.

Grég. de Tours. VII, 47. — X, 8.

Justin. XXI, 1, 2.

Juvénal. X, 335.

Macrobe. *Saturnales*, I, 16.

Plaute. *Pseudol.*, I, 3, 52.
Asin., I, 3, 95.

Pomp.-Mela. III.

Plutarque. *Lucullus*, 20.
Solon, 13, 15.
Furius Camillus, 23.

Quintilien. *Instit. orat.*, III, 6, 84. — V, 10. — VII, 3.
Déclam., 311, 340, 342.

Sénèque. *De Benef.*, III, 8.

Servius. *Ad Æneid*, X, 419.

Strabon. IV, 4.

Tacite. *Annal.*, VI, 16.
De mor. German., 12, 24.

Térence. *Phorm.*, 299-301.

Tertullien. *Apolog.*, 4.

Testament (Ancien). *Genèse*, XXXV, 25. — II, *Rois*, IV.
(Nouveau). *Ev. selon St-Mathieu*, XVIII, 23.

Théophile. *Paraphr. aux Instit.*, I, II, 10.

Tite-Live. *Décad.*
II. 23, 24, 27, 29, 31.
III. 48.
VI. 14, 15, 20, 27, 31, 34 à 36, 39.
VII. 19, 28, 42.
VIII. 19.
XXIII. (*Epit.*), 14.

Valère-Maxime. VI, 1, § 6, § 9. VII, 6, § 1.

Varron. *De lingua latina* (Spengel.)
V. 182-183.
VI. 7.
VII. 101, 105.

Vellej. Paterc. II, 118.

Zonaras. VII, 15, 17.

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, 3e édit., Paris, 1882.

BACHOFEN, *Das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia*, Basel, Neukirck, 1843.

BALDESSARE SQUITTI, *Studio sulle res mancipi e nec mancipi*, Napoli, Trani, 1885.

BEKKER, *Die Aktionen des röm. Privatrechts*, Berlin, Vahlen, 1873.

BERRIAT-SAINT-PRIX, *Observations critiques sur la loi des XII Tables*, Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques, année 1847 (Firmin-Didot), p. 547.

BETHMANN HOLLWEG, *Gerichtverfassung und Process*, 1re édit., 1834, 2e édit., 1866, Bonn.

BONJEAN, *Traité des Actions*, 2e édit., Paris, 1845.

BUFNOIR, *Théorie de la Condition*, Paris, Cotillon, 1866.

COGLIOLO, *Saggi sopra l'évoluzione del dritto privato*, Torino, Bocca, 1885.

DANZ, *Lehrbuch der Geschicht des röm. Rechts*, Leipzig, 1871-1873.

DARESTE, *Etudes d'histoire du Droit*, Paris, Larose, 1889.

DECLAREUIL, *La Justice dans les Coutumes primitives*, Nouvelle Revue historique du droit français et étranger, 1889, p. 153, seqq.

DURUY (V.), *Histoire des Romains*, Paris 1879, t. I.

ESMEIN, *Etude sur les Contrats dans le très ancien droit français*, Paris, Larose, 1883.

ESTIENNE (H.), *Thesaurus Græcæ Linguæ*, Parisis, Firmin-Didot, 1831.

GIRAUD, Des *Nexi*, Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques, année 1847 (Firmin-Didot), p. 379.

HEUSDE, *De lege Petillia*, Traj., ad. Rhen., 1842.

HUMBERT (G.), Artt. *Addictus* et *ductio debitoris*, dans le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, de Daremberg et Saglio.

HUGO, *Lehrbuch, der Geschichte des röm. Rechts*, 1re édit.

HUSCHKE, *Ueber das Recht des Nexum u. das alte röm. Schuldrecht*, Leipzig, Gebaüer, 1846.

V. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, 3e édit., trad. de Meulenaëre, Paris, Marescq, 1877-1878.

Longo, *La Mancipatio*, I, Firenze, 1887.

Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit, Bruxelles, 1877.

Montesquieu, *Esprit des Lois*, Ed. Laboulaye, Paris, 1878, IV et V.

Niebuhr, *Röm, Geschichte*, 2e édit., Lepzig, 1837.

Ortolan, *Explication historique des Instituts*, 9e édit., Paris, Plon, 1874.

Puchta, *Lehrbuch für Instit. Vorlesung*, Introd.; *Cursus von Instituten*, II, éd. Rudorff, Leipzig, 1856; III, 4e édit., Leipzig, 1857.

Rudorf, *Rhein-Müseum*, II, *et Röm. Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1859.

Salmasius, *De modo usurarum*, Lugd, Bat. 1638.

V. Savigny, *Ueber das altröm. Schuldrecht*, Berlin, 1834, Dümmlei.

V. Scheurl, *Vom Nexum*, Erlangen, Bläsing, 1839.

Schilling, *Lehrb. für Instit. u. Geschichte des röm. Privatrechts*, 2e édit., II, *Kritik. Jahrb*, 1839, V.

Sell, *de Juris romani nexo et mancipio*, Brunsvici, Vieweg, 1840.

Sumner-Maine, *L'Ancien Droit, considéré dans ses rapports avec l'Histoire de la Société primitive et avec les idées modernes*, 4e édit., trad. Courcelle-Seneuil, Paris, Durand, 1874.

Tambour, *Les Voies d'exécution sur les Biens des débiteurs en Droit romain* (mémoire couronné), Paris, 1861.

Troplong, *Commentaire de la Contrainte par corps*, préface, Paris, 1847,

Unterholzner, *Lehre des röm. Rechts, von den Schuld-Verhältnissen*, Leipzig, 1840.

Voigt, *Das civil - u. criminal Recht der XII Tafeln*, Leipzig, Liebeskind, 1883.

Walter, *Geschichte des röm. Rechts*, 3e édit, Bonn, 1860.

Wlassak, *Röm. Processgesetze*, I, Leipzig, 1888.

LE NEXUM

ET LES DÉBITEURS A ROME

INTRODUCTION

1. La condition des débiteurs à Rome, antérieurement à la loi Pœtilia, devait être bien misérable, à en juger par ce fait, qu'elle avait, à l'exclusion de toute idée purement politique, occasionné tous les grands mouvements de la plèbe : ses revendications tendirent, en effet, pendant longtemps, surtout à un adoucissement des rigueurs du *nexum*.

Ce résultat était si réellement le but de ses efforts, que les magistratures plébéiennes, dont elle arracha au Sénat la concession, avaient, à l'origine et dans l'esprit du peuple, comme principal attribut, la protection des débiteurs contre les abus et la cruauté de leurs créanciers (1).

(1) Cicéron. *De Rep.*, II, 34, éd. Moser. Aulu-Gell, *Noct. Att.*, XIII, 12.

On conçoit donc facilement que cette question du *nexum* ait donné lieu à de nombreux travaux (1).

2. Malheureusement, les éléments pour la résoudre manquent généralement de précision : nombreux sont les textes qui ont trait à l'état des débiteurs ; mais presque tous appartiennent à des historiens, comme Tite-Live ou Denys d'Halicarnasse, qui rapportent les excès auxquels donnait lieu le *nexum* uniquement pour servir à l'histoire interne de la Cité, pour expliquer les événements politiques, réclamations, sécessions, révoltes, dont ils étaient continuellement la source.

Le moindre détail juridique nous conviendrait bien mieux ; mais le silence des jurisconsultes s'explique aisément par ce fait, que ceux dont les écrits nous restent vivaient tous à une époque très postérieure à la loi *Pœtilia*, abolitive du *nexum*. Ils n'avaient donc aucune raison pour s'occuper, dans leurs traités, d'une institution disparue, l'Histoire du Droit ne formant pas, à Rome, l'objet d'une étude spéciale. Aussi, le nom même du *nexum* fût-il peut-être tombé dans l'oubli, si cette institution n'avait eu, sur la politique intérieure de Rome, une influence considérable qui l'a fait entrer dans le domaine de l'histoire générale.

On ne peut attacher une importance plus grande à certains passages de Cicéron, où il ne parle du *nexum* que

(?) Parmi les ouvrages cités à la Bibliographie, nous signalerons specialement les monographies de MM. Bachofen, Heusde, Huschke, V. Scheurl, Sell. Parmi les auteurs français, le seul qui ait fait de ce sujet une étude d'ensemble digne d'attention, est M. Giraud, dans son remarquable article sur *Les Nexi*.

d'une manière accidentelle, en orateur plutôt qu'en jurisconsulte, et pour en faire l'objet d'une comparaison : or on sait ce que valent souvent ses comparaisons.

Quant aux auteurs latins qui ont étudié les antiquités romaines, Varron et Festus, leur témoignage est assez suspect, puisqu'ils vivaient, le premier, 250, et le second, plus de 700 ans après la disparition du *nexum*, institution dont les traces avaient été effacées avec soin.

Les seuls passages de jurisconsultes que nous possédions sur le *nexum* nous ont été transmis par ces deux derniers auteurs ; ils émanent de Mamilius (*aliàs* Manilius), de Mutius et d'Ælius Gallus ; et ces textes sont de peu de secours. D'abord, ils sont peu précis et prêtent, ainsi que nous le verrons, à plusieurs leçons et à plusieurs interprétations. De plus, leurs auteurs étaient eux-mêmes très postérieurs à l'institution sur laquelle ils écrivaient : ainsi, Mamilius était consul en 605 ; Mutius, s'il faut y voir, ce qui est probable, Q. Mutius Scævola, le fut en 659 ; Ælius Gallus vivait encore plus tard, — alors que la loi *Pœtilia* est de l'année 429, selon Tite-Live ; de 435, selon Varron ; Niebuhr (1) croit même devoir proposer la date de 440, U. C., en se basant sur d'autres textes.

On peut donc dire qu'il y a sur ce sujet pénurie presque complète de renseignements positifs et qu'on en est réduit à des conjectures.

3. Aussi n'est-il pas surprenant que ce problème du *nexum* ait résisté à tous les efforts : les recherches ont

(1) *Röm. Geschichte*, 2e édit., IV, p. 213.

abouti à un résultat si peu certain qu'il n'est peut-être pas deux auteurs dont les conclusions soient exactement les mêmes. Avec quelque talent, avec quelque finesse que leurs divers systèmes aient été exposés, il n'en est pas un qui satisfasse complètement le lecteur et entraîne sa conviction : tous sont en contradiction manifeste avec quelque texte, quelque circonstance, quelque principe acquis dont on ne peut faire abstraction ; tous se détruisent mutuellement sans pouvoir mettre rien de certain à la place de ce qu'ils renversent, et sans laisser dans l'esprit autre chose que le doute absolu : c'est du moins l'impression qui nous est restée de la lecture des ouvrages qui ont traité cette matière.

La question est donc encore pour ainsi dire entière, et le champ reste ouvert à l'hypothèse.

Or, de la multiplicité des hypothèses dépend souvent la découverte de la vérité, chacunes d'elles renfermant, en général, quelque chose d'exact.

Si nous reprenons aujourd'hui ce sujet déjà tant de fois traité à fond, ce n'est donc pas pour ajouter aux monographies déjà parues un travail forcément très inférieur : c'est uniquement pour rechercher s'il ne conviendrait pas d'abandonner la voie dans laquelle on a cru jusqu'ici pouvoir trouver l'explication du *nexum*, et qui n'a conduit qu'à une série d'échecs, — et pour *indiquer* l'idée qui nous paraît devoir mener le plus sûrement à la détermination de la nature exacte de ce contrat, la direction dans laquelle il nous semble que de nouvelles études devraient s'orienter pour avoir quelques chances d'atteindre le but.

4. Cette thèse, après un chapitre consacré à des notions générales que l'on peut ranger sous la rubrique : « *Nature du* Nexum », contiendra sous le titre de « *Objets et effets du* Nexum » un second chapitre qui se divisera donc naturellement en deux sections : la première, comprenant l'examen critique des différents systèmes émis jusqu'à ce jour sur cette importante question ; la seconde, renfermant l'indication d'une théorie qui nous a paru plus conforme aux découvertes de la science historique dans l'étude comparée des civilisations primitives, découvertes dont l'exactitude se confirme de jour en jour, à mesure que se multiplient les recherches.

CHAPITRE Ier

NATURE DU NEXUM

5. Cette étude a pour sujet : le *nexum*.

Mais ce terme a été pris dans des acceptions bien diverses : une vive controverse sur la valeur de ce mot a divisé les romanistes les plus distingués de ce siècle.

Cette difficulté, qui semble, du reste, aujourd'hui bien près de recevoir une solution définitive, doit, naturellement, être tranchée avant que nous passions à l'étude détaillée du *nexum*.

6. Mais, pour y parvenir, une définition et une idée générale de l'acte *per æs et libram* sont elles-mêmes nécessaires.

L'acte *per æs et libram* n'est pas un contrat spécial par sa nature, identique dans son but ; c'est une *forme* qui peut revêtir des conventions d'espèces très diverses : elle a servi indifféremment à faire translations de propriété, prêts, libération, testament (1). Ainsi l'on vit, plus tard, la forme *verbis* s'adapter d'une manière plus générale encore à toutes conventions possibles : cette unité de moyens en vue de parvenir à des résultats de nature si différente était, du reste, bien conforme au génie national des Romains, avares jusque dans les

(1) Festus, v° *Nexum* ; Gajus, III, 174.

formes qu'ils admettaient de manifester légalement sa volonté.

Cette forme est la plus ancienne que nous trouvions en Droit romain, sauf peut-être la *Sponsio ad aram maximam* ou *Forum Boarium* (1). Son nom vient des principaux éléments qui participaient à son emploi : les parties contractaient en présence de cinq témoins *(classici testes)*, citoyens romains, pubères et *testabiles*. Un sixième personnage, réunissant les mêmes conditions et appelé *libripens*, tenait une balance *(libra)*, qui servait à la pesée du métal (*æs*).

L'existence de cette pesée était, à l'origine, essentielle à l'emploi de cette forme : l'opération tout entière et la personne dont l'intervention y était la plus importante (2) en reçurent même leur nom. Elle était en même temps réelle, parce que les espèces métalliques consistèrent d'abord en lingots grossiers, *rodur*, *roducsculum* (3), en masses d'airain brut, dont on devait à la fois constater le poids, pour en apprécier la valeur, et vérifier la pureté, ce qu'on faisait en en frappant la balance ; puis en pièces frappées *(æs signatum)*, pour lesquelles le contrôle du métal devenait inutile, mais dont le poids n'était pas cons-

(1) Cette *Sponsio*, qui se faisait à l'autel d'Hercule et qui est très ancienne, nous est connue par un passage de Denys (II, 40) ; on ne sait si elle n'était pas accessible aux seules cautions.

(2) Il est probable que le *libripens* fut d'abord un prêtre de Saturne : Varron, de L. L., §§ 182 et 183 : *per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in œde Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram trutinam habet positam.*

(3) Festus, *hoc verbo.*

tant, certain et déterminé. La monnaie véritable *(as)* n'apparut qu'assez tard (1).

La pesée devint alors superflue et la balance et le *libripens* ne figurèrent plus que pour conférer à l'acte la forme *per æs et libram* et ses effets. On en vint même à se contenter d'un paiement *dicis gratia*, ce qui permit d'étendre l'application de cette forme à des actes dont la nature ne comportait pas un versement d'argent : l'émancipation, le testament, purent se faire *per æs et libram*, *nummo uno*.

Voilà l'histoire entière de la forme *per æs et libram*.

7. — Or, nous trouvons, du *nexum*, dans les auteurs latins, les définitions suivantes :

Festus v° *Nexum* : « Nexum *est*, *ut ait* Gallus Ælius, *quodcumque* per æs et libram *geritur*, *idque necti dicitur*. *Quo in genere sunt hæc; testamenti factio*, nexi datio (2) *nexi liberatio* (2*).

(1) Sous Servius Tullius, si on en croit Plutarque.

(2) Certains, auteurs dont nous discuterons la théorie dans le ch. II, prétendent que le *nexum* renfermait une mancipation du débiteur au créancier ; et ils tirent argument des mots *nexi datio* de la définition de Festus, qu'ils traduisent : *dation du nexus*. Comme il est d'autre part certain que Festus a voulu comprendre toute mancipation dans le domaine du *nexum*, ces auteurs croient pouvoir donner aux mots *testamenti factio* le sens de mancipation d'objets déterminés autres que le débiteur : moyennant ces interprétations, la définition de Festus est d'accord avec leur système.

Nous reconnaissons que le mot *testamentum* peut se référer à la mancipation : cette interprétation est d'autant plus admissible que la mancipation du patrimoine entier *per æs et libram* était qualifiée *testamentum per æs et libram* (Gajus c. II. 102). Mais est-ce à dire que les mots *nexi datio* signifient pour cela mancipation du débi-

Cicéron (1) répète textuellement cette définition : « Nexum, *quod* per æs et libram *geritur.* »

Varron (2) : « Nexum *Mamillius scribit omne quod* per æs et libram *geritur* in quo sint mancipia. *Mutius quœ* per æs et libram *fiant, ut obligentur,* præterquam mancipio detur (3). *Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quærit ; nam idem, quod obligatur per libram,* neque suum fit, inde nexum dicitur (4).

De ces textes, les deux premiers, s'attachant aux formes extrinsèques, s'accordent à confondre les notions de *nexum* et de contrat *per æs et libram* : le *nexum* se caractérisant par l'emploi de la balance e de l'airain.

Le texte de Varron renferme, au contraire, la trace d'une divergence entre deux jurisconsultes beaucoup

teur ? Nous ne le croyons pas. *Datio* signifie transfert de propriété ; or, dans le *nexum* il est une chose au moins dont la propriété est *certainement* transférée : c'est l'argent, objet du prêt, argent que nous voyons en effet qualifier *nexum æs.* N'est-il pas tout naturel alors d'entendre *nexi datio* comme signifiant *dation d'argent nexé, prêt d'argent ?* Et n'est-il pas plus logique de penser que Festus a désigné par les mots *testamenti factio* toute mancipation et par *nexi datio* une simple dation qui n'est pas en même temps une mancipation, que de lui faire faire une énumération irrationnelle où le terme *nexi datio* désignerait une espèce de la *testamenti factio* ? Du reste, la théorie combattue succombe, nous le verrons sous les objections de principe les plus graves.

(2*) Ou d'après la leçon d'O. Müller, *nexi dando, nexi liberando.*

(1) *De Orat,* III, 40.

(2) De L. L., éd Spengel, § 105.

(3) Niebuhr, *Röm. Geschichte* I, p. 602, et *O. Muller, Müs, fur Jurisprüdenz,* lisent : *prœter quœ mancipio dentur.*

(4) Sell, *de j. r. nexo et mancipio,* p. 22-24, propose : *nec quod suum fit, inde nexum dictum.*

plus rapprochés de l'époque du *nexum* que ne l'étaient Cicéron et Festus : d'après Mamilius, le *nexum* comprendrait tout acte passé *per æs et libram*, y compris la mancipation, que Mutius, au contraire, en exclut formellement (1).

8. — Que décider, en présence de ces textes contradictoires, sur la portée du mot *nexum ?* Quelle est sa relation avec la mancipation ?

Quatre systèmes ont été proposés :

9. — I. Dans le premier, toute mancipation serait un *nexum*, mais tout *nexum* ne renfermerait pas une mancipation : le *nexum* serait le genre, la mancipation, l'espèce.

Ce système est absolument conforme à la généralité des définitions de Cicéron et de Festus : toute

(1) En vain Niebuhr et Müller, d'après une correction signalée, lisent-ils : *prœter quœ mancipio dentur.* (On eût pu donner également, dans le même sens, la leçon *: prœterque mancipio detur* qui s'écarte moins de celle des mss.) La définition de Mutius ainsi rectifiée, deviendrait bien conforme au texte de Cicéron et de Festus, et surtout à la définition de Mamilius : le *nexum* serait absolument général et aussi étendu que l'emploi de l'*æs* et de la *libra* ; il comprendrait à la fois les contrats obligatoires et les actes translatifs de propriété. Mais cette correction, qui ferait disparaître toute divergence sur la première partie du texte, est inadmissible vis-à-vis de la dernière partie, qui maintient l'existence de cette divergence par l'emploi des mots : *Veriùs esse.* Varron montre assez qu'il doit opter entre deux opinions différentes, présentées, l'une par Mamilius, l'autre par Mutius. Or il est impossible de faire abstraction de cette dernière partie du texte et aucune lecture ne peut être proposée qui la mette d'accord avec la correction de Niebuhr et de Müller.

Aussi presque tous les auteurs se rallient-ils à la lecture transcrite au texte, et qui est d'ailleurs celle des mss.

mancipation se fait *per æs et libram;* or tout contrat *per æs et libram* est un *nexum;* donc la mancipation est un *nexum.* C'est ce que dit également Mamilius.

Du reste, l'espèce n'est pas identique au genre : il existe, à côté de la mancipation, une autre sorte de *nexum;* le *nexum* proprement dit, contrat purement obligatoire.

Parmi les auteurs qui se sont rangés à cette opinion, nous citerons V. Scheurl (1), V. Savigny (2), et Hugo (3).

10. — II. Dans le second système, la mancipation et le *nexum* seraient deux institutions complètement distinctes; la mancipation ne serait plus une espèce du *nexum.* Mais tout *nexum* renfermerait une mancipation, en même temps qu'il créerait un lien obligatoire.

Ce système diffère du premier en ce que le nom de *nexum* ne s'appliquerait jamais à la mancipation, et en ce que jamais le *nexum* ne serait un acte purement créateur d'obligations.

Ses partisans s'appuient sur les derniers mots de la citation de Mamilius : *in quo sint mancipia*, qu'ils lisent en supprimant la virgule qui les sépare du commencement, et traduisent, en conséquence : le *nexum* est toute opération *per æs et libram* où il y a une mancipation.

Nous trouvons parmi eux des écrivains considéra-

(1) *Vom Nexum*, p. 9, *seqq.*
(2) *Das altröm Schuldrecht*, p. 8, *seqq.*
(3) *Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts*, p. 282.

bles : Puchta (1) l'adopte purement et simplement, ainsi que Niebuhr (2) et Bekker (3).

Walter, Schilling et Sell ne l'admettent qu'avec des variantes :

D'après Walter (4), à l'origine tout *nexum* eût renfermé une vente *réelle*, mais le *nexum* finit par ne plus comporter qu'une vente *fictive*, par opposition à la mancipation où elle garda toujours son caractère original.

Schilling (5) reconnaît l'existence de deux sens différents du mot *nexum* : un sens large où il s'appliquerait à toute opération *per æs et libram*, donc, à toute mancipation — et un sens strict, où il comprendrait seulement la mancipation sous *fiducie* de restitution.

Enfin Sell (6), admet la coexistence, dans chaque acte, de la mancipation et du *nexum* : de la mancipation, forme translative ; du *nexum*, qui joint à ce premier résultat, par le moyen de la *nuncupatio*, un élément obligatoire.

11. — III. Dans cette troisième opinion, on sépare encore complètement le *nexum* de la mancipation : ce seraient deux formes distinctes, insusceptibles de se combiner entre elles, du contrat *per æs et libram*,

(1) *Lehrb. für Instit. Vorlesung*, p. XXX et note 11, et *Cursus der Institut*, II, p. 209 et *seqq.*

(2) *Loc. cit.*

(3) *Die Aktionen des Röm. Privatr*, p. 31.

(4) *Gesch. des Röm. Rechts.* II, p. 587.

(5) *Lehrb. für. Institut. u. Gesch. des Röm. Privatrechts*, II, § 153.

(6) *De j. r. nexo et mancipio*, p. 22-26.

tendant, la première, à la création d'une obligation sans mélange de mancipation, la seconde, à une pure translation de propriété.

Huschke (1) défend cette théorie, en faisant observer la différence étymologique profonde qui sépare le mot *mancipation*, où l'idée d'une appréhension matérielle est fondamentale, du mot *nexum*, qui, malgré la dérivation toute fantaisiste que lui assigne Varron, vient certainement de *nectere* : or *nectere* veut dire *lier* (2) ; le mot *obligare* a succédé au mot *nectere* dans ce sens, sans le modifier : c'est la continuation de la même métaphore entre le lien juridique et un lien matériel.

Donc la mancipation correspond à la création d'un droit réel, le *nexum* à la naissance d'une obligation.

Cette théorie est conforme à la définition de Mutius.

12. — IV. Chacun des trois systèmes précédents prête par quelque côté aux critiques les plus graves.

Ainsi le premier, d'après lequel le *nexum* serait le genre, et la mancipation, l'espèce, est en contradiction absolue avec la définition de Mutius : ce jurisconsulte de très grande valeur (3), de l'opinion duquel il n'est pas permis de se désintéresser, réduit l'application du *nexum* au cas ou une obligation est créée ; et il en exclut d'une manière toute spéciale les cas où il y a mancipation : *prœter quàm mancipio detur*.

(1) *Ueber des Recht des Nexum*, p. 9, *seqq*.

(2) *Festus*, V° *Nectere* : *Nectere ligare significat*.

(3) Ce fut très probablement Q. Mutius Scœvola, le maître vénéré de Cicéron, Consul en 659, et Grand-Pontife.

Est-ce à dire qu'il faille se rallier au troisième système, qui prend pour base cette distinction indiquée par le jurisconsulte latin? Mais alors, on sacrifie, chose grave, et la définition que donnait Mamilius, et celle que nous trouvons dans Cicéron, et celle que Festus attribue à Ælius Gallus.

La seconde théorie nous séduit encore moins :

D'abord la traduction de la citation de Mamilius, qui forme sa base fondamentale, est inadmissible : les mots *in quo sint mancipia*, ne sont pas le complément du membre de phrase : *omne quod per æs et libram geritur;* ils forment une simple incise. Dire que le *nexum* renferme tous les contrats *per æs et libram où il y a mancipation* c'est se mettre en contradiction formelle avec les définitions données par Festus et Cicéron, définitions qui, absolument générales, identifient le champ d'application du *nexum* avec celui de la forme *per æs et libram*, sans le restreindre aux cas où il y a mancipation. Et on peut se convaincre, à la seule lecture du texte de Varron, que le divergence entre Mamilius et Mutius portait uniquement sur le point de savoir si la mancipation était ou non comprise dans le *nexum* : la mancipation ne serait donc, au dire de Mamilius lui-même, qu'une espèce du *nexum*, loin d'en être l'application unique.

De plus, une conséquence forcée de ce second système serait la suivante, et elle est très logiquement déduite par Puchta (1) : Si le *nexum* renferme néces-

(1) *Loc. cit.*

sairement une mancipation, comme ce ne peut être l'argent prêté, l'*æs*, qui en soit l'objet, puisque la mancipation ne peut s'appliquer à des *res nec mancipi* (1), il faut en arriver à déclarer que c'est l'emprunteur qui se mancipe lui-même, en échange du montant du prêt.

Cette mancipation du débiteur est, en effet, la base de l'un des deux système généraux auxquels on peut ramener les explications émises jusqu'ici sur l'objet du *nexum* et ses effets. Mais nous réfuterons avec détails ce système, dans le chapitre II, (n° 38), et la théorie du *nexum-mancipation* tombera par voie de conséquence, faute d'un objet auquel cette mancipation puisse s'appliquer : cet objet ne pouvant être l'argent prêté, — Puchta le démontre lui-même — ni l'emprunteur, ainsi que nous l'établirons à cette place.

Enfin, en raison, la forme *per æs et libram* ne suppose pas nécessairement une mancipation : la *solutio per æs et libram* est là pour l'attester : sur quoi pour-

(1) Nous repoussons sans hésitation, sur cette question des *res mancipi* et des *res nec mancipi*, actuellement très étudiée en Italie, une théorie nouvelle d'après laquelle la mancipation eût pu s'appliquer même aux dernières.

Cette théorie, proposée par M. Voigt, *Das Recht der XII Tafeln*, I. § 84, sur une interprétation forcée d'un vers de Juvénal, X. 335, nous semble absolument inacceptable en présence de passages très significatifs de Cicéron. *Top.* 5. c. 10, et de Gajus, C. II, 204 : d'après ces textes, en effet, il existe des objets cessibles auxquels la mancipation ne peut s'appliquer. D'ailleurs, comment expliquer dans l'opinion de Voigt, cette expression de *res nec mancipi ?* Sur cette controverse, et dans notre sens, V. Baldassare Squitti. *Studio sulle res mancipi e nec mancipi.*

rait bien porter ici la mancipation, puisque, ainsi que nous le verrons, l'argent, *res nec mancipi* ne peut, malgré une théorie récemment parue, être l'objet d'une mancipation ?

13. — Que faut-il donc décider, en face de la contrariété indiscutable des opinions de Mamilius et de Mutius, et de l'impossibilité certaine de les concilier directement ?

Il faut, croyons-nous, et c'est la théorie qui tend à s'accréditer, il faut faire ce qui a si souvent réussi aux romanistes de ce siècle lorsqu'ils se sont trouvés en présence de textes inconciliables. Deux voies s'ouvrent dans ce cas :

On recherche d'abord si la contradiction n'est pas le résultat d'une divergence plus générale, plus profonde, d'une divergence dans les tendances : ce n'est pas ici le cas, puisque la question, toute historique et ne mettant en jeu aucun principe, devait laisser les jurisconsultes cités indifférents quant à sa solution.

Le second moyen, employé à défaut du premier, consiste à vérifier si les opinions en présence ne peuvent pas correspondre à deux époques différentes, le sens des mots ou la législation s'étant modifiée dans l'intervalle. C'est là, croyons-nous, que l'on peut trouver la véritable explication de la différence qui sépare les définitions de nous connues.

Dans une première période, le sens du mot *nexum* fut absolument général, et aussi étendu que l'emploi de l'*æs* et de la *libra* : c'est l'âge où les peuples, encore dans l'enfance, s'attachent aux formes extérieures

bien plus qu'à la véritable nature d'un contrat : la détermination en supposerait un effort d'analyse dont ils sont incapables. Dans cette période primitive, le *nexum* comprit donc la mancipation ; elle dut même être à l'origine sa seule application : il est avéré, en effet, que la vente a partout précédé tout autre espèce de contrat.

Plus tard, la notion de droit personnel se fait jour, et le contrat créateur d'obligations se manifeste, d'abord sous la forme d'un *mutuum*, ainsi que nous le montrerons. L'esprit d'analyse se développant à cette époque, où sa première œuvre est justement la création de l'idée de droit de créance, on ressent le besoin de caractériser d'un nom spécial chacune des deux opérations que l'on vient de distinguer : l'acte translatif conservera exclusivement le nom de mancipation, qu'on lui donnait déjà antérieurement, conjointement avec celui de *nexum*, parce qu'une mainmise de l'acquéreur y était de rigueur. Et le nom de *nexum* sera réservé au contrat constitutif d'obligation, acception plus en rapport avec son étymologie.

Cette explication historique n'est pas une œuvre de pure imagination : elle est conforme aux résultats de l'observation, qui, d'accord avec la raison, démontre que les peuples sont passés du simple au composé : à l'origine, unité de contrat, unité de forme, unité de nom ; puis, les conventions se multipliant, la nécessité d'un nom spécial, technique, se fait sentir pour caractériser chacun des contrats distincts qui

deviennent ainsi d'usage courant (1). On peut trouver un exemple probant de cette marche des idées dans une matière voisine : l'idée de puisssance était, à l'origine, exprimée à Rome par un terme unique : la *manus ;* puis, à mesure que les diverses puissances, d'abord identiques dans leur nature et leurs effets, se spécialisent, on trouve un mot, spécial également, pour caractériser chacune d'elles : ce sera la *patria potestas* sur les enfants ; le *mancipium* sur l'homme libre dépendant de la *familia* ; le *dominium* sur l'esclave. Ce sera toujours la *manus* sur la femme, la *manus*, terme dont l'étendue d'application se sera ainsi restreinte à une seule des situations qu'elle embrassait précédemment.

Ainsi dut-il en être du mot *nexum* :

On peut affirmer qu'à l'origine cette appellation fut attachée à la forme même *per æs et libram* ; et l'on comprend que, chez un peuple formaliste, elle se soit perpétuée dans ce sens large, dès qu'on n'avait pas à lui donner sa nouvelle acception, plus étroite, dans laquelle elle était synonyme de *contrat obligatoire*.

Mamilius, Cicéron, Ælius Gallus ont employé le mot *nexum* dans son sens originaire, dans son sens étendu, concrétisé par son identification avec une forme extérieure, l'*æs et libra*.

Mutius, jurisconsulte plus exact, donne une définition véritablement scientifique du *nexum* dans son dernier

(1) Sumner-Maine. *L'Ancien Droit*, p. 299.

état, dans son acception stricte, technique : et c'est pour bien déterminer à quelle époque il le définit, qu'il prend soin d'exclure la mancipation (1).

Le défaut commun des théories précédemment exposées consiste donc en ce qu'elles sont trop absolues, et prennent le *nexum* comme un contrat toujours identique, alors qu'en réalité il a passé par deux états successifs. Chacune renferme cependant une part de vérité, en ce qu'elle s'applique à l'une des deux périodes : nous exceptons la seconde, qui, croyons-nous, n'est exacte pour aucune époque : elle trouvera du reste sa réfutation détaillée dans le Chapitre II ; nous avons vu, en effet, qu'elle engage plus qu'une simple question de terminologie, et préjuge *l'objet* même du *nexum*.

14. — C'est le *nexum* de la seconde période, contrat *per æs et libram constitutif d'obligation*, application restreinte de cette forme, que nous nous proposons d'étudier ; c'est dans ce sens qu'il conviendra de prendre ce terme dans le cours des explications qui vont suivre.

(1) Ce système est indiqué par M. Troplong (*Traité de la Contrainte par Corps*. Préface. p. XXVI). Il est suivi par MM. Sumner-Maine. *L'Ancien Droit*, p. 215, et Cogliolo. *L'evoluzione del dritto privato*, cap. XII, p. 92 et segg. MM. Giraud et Bachofen (*Das Nexum u. die Lex Petillia*, p. 11 et note 13) arrivent également à la conclusion que le mot *nexum* a eu deux sens différents ; mais ils n'observent pas que chacun de ces sens a dû correspondre à une époque différente. L'opposition des mots *nexum* et *mancipium* est faite dans un texte peu connu de Cicéron, *Ad Curionem Fam*, 7., cp. 30, *in medio*. V. aussi du même auteur, *de Haruspit resp.* c 7, *ad fin.*; *pro Cœcina*, c. 35, où il oppose les droits réels et les droits résultant d'un *nexum*.

15. — Tout *nexum* est donc, à notre point de vue, un contrat obligatoire.

Mais la réciproque serait inexacte : Tout contrat obligatoire n'est pas et ne peut pas être un *nexum*, parceque tout contrat indifféremment ne peut pas revêtir la forme *per æs et libram*.

Il faut d'abord, nous l'avons vu, que la pesée soit nécessaire ; l'obligation doit donc naître à propos de choses *quœ pondere constant*.

Ajoutons qu'elle doit avoir pour objet AU PLUS LA RESTITUTION DU MÊME GENUS. La dation ne pouvait, en effet, à l'origine, rendre obligatoire un pacte tendant à une autre chose qu'à ce qui était compris dans cette dation (1) : c'était donc uniquement un prêt (Darlehn), qui pouvait faire l'objet du *nexum*.

Nous en concluons : on pouvait convenir que la restitution ne porterait pas sur la totalité de la quantité prestée, parce que le pacte joint à une dation, la *nuncupatio*, pouvait, en énonçant l'obligation de restitution, ne pas viser cette valeur tout entière (2) ; mais, — et nous attirons d'une manière toute particulière l'attention sur ce point, qui sera la base de notre système sur le *nexum*, — une quantité supérieure ne pouvait être promise, parceque, dépassant l'objet de la dation, elle eût tendu à la création d'une obligation

(1) ACCARIAS. *Précis de Droit Romain II*, n^os^ 589, 3°, et 647.

(2) V. des exemples nombreux de cette faculté de restriction de la *nuncupatio*, dans un cas assez voisin du nôtre, dans la *lex mancipii*, qui, elle aussi, était une *nuncupatio* : VOIGT, *Das civil-und criminal Recht der XII, Tafeln*. II, § 85.

qui n'y était pas contenue. En un mot, l'obligation née du *nexum* ne pouvait s'étendre qu'à la quantité pesée, qui, seule, était couverte de la forme *per æs et libram*.

Par suite, la convention portant que des intérêts *(fenus)* seraient dus, NE POUVAIT ÊTRE COMPRISE DANS LA *NUNCUPATIO* et RÉSULTER DU *NEXUM*.

Comment lui donnait-on force obligatoire, ou du moins, en obtenait-on l'équivalent?

A l'origine, le débiteur mancipait, avec clause de fiducie, au créancier, soit l'un de ses biens, dont les fruits ou revenus devaient être perçus et gardés par ce dernier, soit même l'une des personnes soumises à sa puissance, dont le travail profitait au prêteur : tous avantages qui devaient lui tenir lieu d'intérêts. Ce fut, à toute époque, la fonction unique de l'antichrèse (1).

Plus tard, lorsque la stipulation fut introduite (2), elle servit à exprimer la convention usuraire, et remplaça presque complètement l'antichrèse.

Toutes les fois que nous aurons, dans le courant de cette thèse, à viser la dette d'intérêts, nous n'aurons évidemment à nous référer qu'au cas où il y a

(1) L. 11, § 1 D. de *pign. et hyp.* XX, 1. — L. L. 14, 17, C. *de Usuris*, IV, 32 ; surtout, L. 8, D. *De quib. caus. pign.* XXII, 2. — L. 2, C. *De partu pign.*, VIII, 2. Une constitution de Maximien et Dioclétien, devenue la L. 12, C. *De oblig. et act.* et la novelle 134, ch. 7, de Justinien, prohibèrent la dation en antichrèse des enfants du débiteur.

(2) Elle le fut certainement après le *nexum*, mais bien avant sa disparition (cf. p... n.)

stipulation : la créance d'intérêts étant remplacée, pour le créancier, dans l'antichrèse, par un droit réel, un droit de jouissance.

15 *bis*. — La distinction des intérêts et du capital se fortifie, du reste, par l'analogie du *nexum*, avec le *mutuum* de l'époque classique, qui lui a succédé dès son abolition, et qui, nous allons le montrer, fonctionnait déjà pour les prêts de choses de genre, même d'argent : là aussi, et ce point ne saurait être contesté, la convention d'intérêts devait emprunter la forme d'une stipulation pour être obligatoire.

16. — Enfin, le *nexum* ne s'appliquait, dans l'opinion courante, qu'au prêt d'argent (1).

M. Voigt, dans son récent et savant ouvrage sur les XII Tables (2), conteste, après Sell, cette manière de voir : d'après lui, le *nexum* aurait pu avoir pour objet toute chose appréciable au poids *(jedwedes Ponderabile)*.

Il donne comme arguments : l'extension certaine du *mutuum*, succédané du *nexum*, à toutes les choses *quæ pondere constant ;* la généralité des termes dont

(1) Accarias. *Précis de Droit Romain*, II, p. 416, note 1. Unterholzner, *Lehre des Röm. Rechts von den Schuld-Verhältn.* II p. 29. M. Giraud, *des Nexi*, p. 442, allant plus loin, présume, mais sans invoquer aucun argument à l'appui de cette supposition, que le *nexum* s'appliquait seulement aux prêts considérables, tandis qu'en pratique le *mutuum* était réservé aux dettes de peu d'importance. Cette hypothèse nous semble fort risquée, en présence de l'unanimité des textes nous montrant les *nexi* comme des plébéiens ruinés qui n'ont jamais pu jouir d'un crédit bien supérieur à la valeur dont leur *addictio* dédommagerait leur créancier.

(2) *Das civil-u. criminal Recht der XII Tafeln*, II, § 122.

se sert Gajus (1) pour indiquer le champ d'application de la *solutio per æs et libram,* champ d'application qui, dit-il, est identiquement le même que celui de *l'obligation per æs et libram.* Enfin les expressions dont se servent les XII Tables (2) pour désigner l'objet du *nexum : pecunia nuncupata,* et non pas seulement : *nuncupatum æs.*

Ces raisons nous paraissent peu décisives :

L'argument tiré de ce que le *mutuum* s'étendait à tous les objets *quæ pondere constant,* ne prouve rien : le *mutuum,* en effet, s'appliquait également aux choses *quæ numero mensurave constant* (3). Or, le *nexum* ne les comprit forcément jamais ; il faut en conclure que le domaine du *nexum* n'était pas identique à celui du *mutuum,* et qu'il était beaucoup plus restreint. Que devient alors l'argument déduit par Voigt ?

Son second motif reçoit la même réponse : la *solutio per æs et libram* s'appliquait même à la dette résultant d'un *judicatum* et à celle qui naissait d'un legs *per damnationem* (4). Or le *nexum* n'avait évidemment pas contribué à la naissance de ces obligations. Donc, en admettant même que les termes de Gajus étendissent la *solutio per æs* à tout genre qui se pèse, cela ne prouverait pas que ce genre pût être dû en vertu d'un *nexum* : c'est que la règle *quæ jure contra-*

(1) *Comment.* III, 173 et 174.
(2) Table V, fr. 13.
(3) Gajus, III, 90.
(4) Gajus III, 173 et 174.

huntur contrario jure pereunt (1) exacte si on la prend directement, ne pourrait être renversée, et l'on ne peut dire qu'une obligation provienne d'une forme donnée par cela seul qu'elle peut ou doit se dissoudre par cette forme.

Enfin, il ne faut pas attacher une importance exagérée à l'emploi, que faisait la loi des XII Tables, du mot *pecunia* et non du mot *æs*, car on sait que, déjà, lors de la promulgation de cette loi, le terme *pecunia* était pris indifféremment, et dans son sens archaïque, et dans le sens, plus étroit, de *monnaie* qui lui est resté. Varron (2) et Festus (3) définissent la *nuncupata pecunia* des XII Tables : et le dernier la qualifie *certa pecunia*, expression technique qui avait un sens précis, du temps de cet auteur, et désignait toujours de l'argent. Festus nous rapporte également une disposition de la loi des XII Tables, d'après laquelle, après *la manus injectio*, le débiteur était amené au Forum à trois jours de marché *(nundinœ)* successifs : « *quantæque* PECUNIÆ *judicati essent, proquiritabatur* » : or la condamnation avait évidemment pour objet une somme d'argent.

A notre tour, nous pouvons tirer de la théorie du *mutuum* un argument qui nous semble décisif : le *nexum* ne pouvait s'appliquer aux choses *quæ pondere constant* : or ces choses sont les premières qu'en fait on ait dû avoir besoin d'emprunter : donc, pour

(1) L. 100. D. *de Reg., juris*, L, 17.
(2) *De L. L.* VI, 7, l. 60.
(3) Ed. Müller, v° *Nuncupata*, p. 173 a.

ces objets, le *mutuum* est au moins contemporain du *nexum* (1). N'est-il pas naturel alors de faire rentrer dans le *mutuum*, forme générale des prêts de consommation, le prêt de toutes les choses consomptibles, même de celles qui se pèsent? Les textes ne parlent jamais, à l'occasion du *nexum*, que de pesage d'argent, que de prêt d'argent: *nexum æs, æs creditum* (2). Cette distinction entre l'argent et les choses consomptibles se remarque à mainte reprise dans le droit romain : ainsi la *condictio certæ pecuniæ* fut établie par la loi *Silia* avant que la loi *Calpurnia* ait introduit la *condictio certi*, beaucoup plus générale.

De même, la *Lex Rubria Galliæ Cisalpinæ* renferme deux chapitres, les Ch. XXI et XXII, applicables, le premier aux dettes d'argent, le second, à toutes autres dettes, et en réglant l'effet d'une manière très différente.

Il est donc raisonnable d'admettre que le *nexum* existait pour les prêts d'argent seulement, tandis que le *mutuum* s'appliquait au prêt de toutes autres choses consomptibles (3).

(1) M. Giraud démontre même qu'il lui était antérieur (*Des Nexi*, p. 441 et suiv).

(2) Tite-Live, *Déc.* II, 23, 27, 29. — VI, 14, 27, 31, 35. — VII, 21. — VIII, 28. Denys d'Halicarnasse, *Antiq* IV, 9. — V, 68, 69. — VI, 26 59, *etc.*

(3) A l'origine, leur champ d'application fut ainsi nettement délimité ; mais nous pensons et nous démontrerons qu'à partir d'une certaine époque, par un procédé de juxtaposition familier aux Romains, le *mutuum*, plus commode et moins dur dans ses effets, dut s'étendre même au prêt d'argent, et coexista ainsi avec le *nexum* dans la même fonction.

17. — De tout ce qui précède, nous pouvons, nous semble-t-il, légitimement conclure que le *nexum* était un prêt d'argent effectué *per æs et libram*, et créant une obligation de restitution n'excédant jamais le capital prêté.

Le *nexum* était-il simplement constitutif d'une obligation ? Quels étaient ses effets spéciaux ? L'examen de ces questions très délicates et très controversées forme l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

OBJET ET EFFETS DU NEXUM

18. — Le *nexum*, nous le savons, a pour principal objet de créer, de la part de l'emprunteur, l'obligation de restituer la somme reçue après le pesage, réel à l'origine, fictif par la suite, qui constituait l'opération *per æs et libram*.

19. — Mais les Romains, peuple pratique avant tout, devaient se contenter difficilement de la seule garantie que constitue la promesse de restituer : à toute époque nous les trouvons soucieux de se ménager des sûretés accessoires : c'est ainsi que, dans un texte bien connu, Caton donne une formule par laquelle un propriétaire stipule de son fermier, qu'il lui constituera un *pignus*, en attendant qu'il puisse lui fournir des fidéjusseurs.

Il est donc *a priori* probable que les Romains attachaient au *nexum* des effets de garantie extrêmement puissants : et les textes que nous possédons viennent, en effet, confirmer cette supposition ; ils nous montrent le *nexum* conférant au créancier, sur le débiteur, des pouvoirs exorbitants que nous aurons à déterminer.

Comment ces droits étaient-ils acquis au créancier ? Etait-ce par la seule force que communiquait à l'obligation née du prêt sa nature ou l'emploi de la forme *per æs et libram* ? Ou bien était-ce que le *nexum*

contint essentiellement, en outre du lien obligatoire qu'il faisait naître, un autre acte juridique destiné à assurer l'exécution de l'obligation de restitution ?

C'est là que se trouve le grave problème signalé dans l'Introduction, et qui divise profondément les romanistes.

20. Dans une première section, nous allons tout d'abord indiquer à grands traits chacun des systèmes émis jusqu'à ce jour sur cette question : Ce travail montrera si nous avions raison de dire qu'il n'y avait peut être pas deux auteurs qui arrivassent à des conclusions identiques.

Puis, nous répartirons ces systèmes en deux catégories, en les groupant autour de deux idées qui peuvent servir de base à une classification.

Le travail d'exposition terminé, nous passerons à la discussion des systèmes ainsi ramenés à deux théories générales, division déjà annoncée.

Dans une seconde section, nous indiquerons le système que nous croyons devoir proposer, et les motifs que nous semblent devoir en déterminer l'adoption.

SECTION I

SYSTÈMES ÉMIS JUSQU'A CE JOUR

§ I

EXPOSÉ DES SYSTÈMES

21. — I. Zimmern (1), le premier, reprenant une

(1) *Geschichte des röm. Privatrechts*, II, p. 124.

théorie déjà admise par Saumaise et par Gronovius, ne trouvait d'autre explication des pouvoirs du créancier sur le débiteur, qu'en supposant une mancipation de ce dernier et de sa *familia*, par lui-même, au prêteur, en garantie du remboursement.

Mais le débiteur, tout mancipé qu'il fût à son prêteur, restait, en fait, provisoirement *in libertate* : c'était seulement à l'échéance et faute de paiement, que le créancier avait le droit de pratiquer sur lui la *manus injectio* extra-judiciaire que le maître, le père ou le mari a le droit de faire sur les personnes soumises à sa *potestas* (1).

Donc :

Le paiement intervenait-il ? La mancipation était réputée non avenue.

Y avait-il impossibilité ou refus de satisfaire le créancier à l'échéance ? Le créancier avait le droit de *manus injectio ;* le débiteur, et sa famille, (son patrimoine par voie de conséquence), tombaient entre les mains du prêteur, qui les conservait *in mancipio*, avec les droits attachés à cette puissance.

Conséquences de ce système : le débiteur encourt la *capitis deminutio media*, et cela, dès le jour de la mancipation du *nexus*. Devenu *alieni juris*, il doit être émancipé pour recouvrer la qualité de *sui juris* ; encore, s'il est affranchi, ne sera-t-il pas ingénu, mais seulement *quasi libertus*, et soumis aux droits de patronat.

(1) Sur cette *manus injectio* voir Maynz. *Cours de droit romain*, p. 497, note 49, et Troplong. *Contrainte par corps*, Préface, p. XXXII.

22. — II. Bonjean (1) suit un système qui, au fond, présente avec le précédent la plus grande analogie ; il en déduit d'une manière à la fois très complète et très concise toutes les conséquences. Mais il s'écarte de l'opinion de Zimmern sur un point qui n'est pas sans importance. Comme Zimmern, il reconnaît que le créancier ne peut avoir la possession du débiteur que du jour de l'échéance, et faute de paiement ; mais, au lieu d'accorder au prêteur le droit de saisir, lui-même, extra-judiciairement, le débiteur *qui lui appartient*, il décide illogiquement que le prêteur devra revendiquer le débiteur, et s'en faire adjuger la possession.

23. — III. Puchta (2) part du principe que tout *nexum* renferme une mancipation (3). Or, la mancipation ne peut porter sur l'argent prêté, *res nec mancipi*, donc elle doit porter sur le débiteur ; il se rencontre ainsi avec Zimmern et Bonjean sur l'idée fondamentale d'une mancipation de l'emprunteur. Mais c'est pour s'écarter d'eux aussitôt : pour lui, — et ce point de vue lui est absolument personnel, — cette mancipation est fictive, et a seulement pour but de donner à l'opération la forme *per æs et libram*, la forme du *nexum*, qui doit nécessairement renfermer une mancipation. Les pouvoirs du créancier ne seront pas ceux que l'on a sur un *mancipium* : et les textes nous les montrent, en effet, réduits au *jus reti-*

(1) *Traité des actions*, I, p. 405.
(2) *Curs. der Institut.*, III, p. 81.
(3) V. *Supra*, n° 10.

nendi (1) et au droit de faire travailler le débiteur (2); c'est également dans cette mesure que Puchta les limite.

24. — IV. D'après Niebuhr (3) également, le *nexum* comprendrait essentiellement une mancipation du débiteur : mancipation effectuée, soit dans l'acte même d'emprunt — *nexum* dès l'origine — soit postérieurement, le débiteur, par crainte de *l'addictio* qui le menace, consentant à se donner en *nexum* : le prêt, simple *mutuum* à l'origine, se transformerait ainsi en *nexum*.

Cette mancipation s'étendrait aussi à la famille et aux biens du débiteur.

La main-mise du créancier sur l'emprunteur serait reculée à l'exigibilité non suivie de paiement, et soumise à une *vindicatio* devant le Préteur, dont la sentence transformerait le *nexus* en *addictus*.

On voit que ce système de Niebuhr se rapproche de celui de Bonjean ; mais il en diffère en deux points : 1° la *capitis deminutio* ne serait plus encourue que du jour de la décision du Préteur ; 2° la mancipation elle-même ne serait pas forcément concomitante du prêt : elle pourrait avoir lieu postérieurement, sous la menace de l'*addictio*, dont les effets sont plus redoutables. Et en effet, les textes nous montrent des personnes déjà débitrices, et qui ne sont pourtant pas

(1) Tite-Live, II, 23.
(2) Varron, *de L.-L.*, VII § 105, Spengel.
(3) *Röm Geschichte*, I, 603; II, 370-375.

déjà des *nexi*, puisqu'on les voit *se dare in nexum*, ou *nexum inire* (1).

25. — V à IX. Rudorff (2), v. Bethmann-Hollweg (3), Danz (4), Unterholzner (5), Voigt (6), adoptent, chacun avec quelque variante, le système général de la mancipation du débiteur.

26. — X. V. Savigny (7), propose une solution qui s'écarte considérablement des précédentes.

Jusqu'ici nous avons vu le *nexus* mancipé, atteint dans sa personnalité juridique, subissant une *capitis diminutio*, dont il ne se relèvera jamais complètement; le *nexus*, enfin, devenant la chose du créancier, auquel l'enchaîne un lien de droit.

Les résultats sont renversés dans la théorie de Savigny : il repousse la théorie du *nexum*-mancipation par d'excellentes raisons, dont nous tirerons parti en temps utile, et propose d'y substituer l'explication suivante : le débiteur, en empruntant, engagerait à la sûreté de sa dette, non plus sa propre personne, — la liberté étant inaliénable, — mais uniquement son travail : ce sont ses *operæ* que le débiteur mancipe au prêteur, pour le cas où il ne paierait pas à l'échéance, et jusqu'à ce que le produit de son travail ait indemnisé le créancier : l'objet de la man-

(1) Tite-Live, VII; 19, VIII. 29.
(2) *Jahrb. für Wissenchaften Kritik*, 1838, n° 86, p. 698.
(3) *Gerichtverfassung u. Process.* p. 301.
(4) II, 85.
(5) *Schuldv.*, I. § 17.
(6) *Die XII Tafeln*, I, § 122.
(7) *Ueber das altröm. Schuldrecht*, p. 415.

cipation, c'est pour nous servir de ses propres expressions « *operæ futuræ inde a die solutionis non servato, usque ad veram solutionem præstandæ.* » Le prêteur, une fois remboursé, devra libérer l'emprunteur *per æs et libram.*

L'état du *nexus* ne serait donc jamais affecté en droit : il serait toujours resté *sui juris*, ingénu, et n'aurait jamais souffert aucune atteinte dans son *existimatio.*

Enfin, ce droit du créancier aux *operæ* du débiteur résulterait *ipso jure* de l'emploi de la forme *per æs et libram*, alors même que l'opération conclue ne serait pas un *mutuum.*

Ce système, qui s'appuie d'une manière très solide sur le texte de Varron qui définit le *nexus* : *liber qui suas operas in servitutem pro pecunia* QUAM DEBET, DAT (1), *dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære abæratus.* Humain en même temps qu'ingénieux, ce système est celui qui paraît avoir le mieux réussi auprès de l'école française.

Il a été adopté sans modification par SCHILLING (2).

27. — XI. SELL (3) se rallie, quant au fond, au système de Savigny, et le rend inattaquable, à son propre avis du moins, au moyen de deux modifications : 1° Il suppose deux états successifs du *nexus* :

(1) *De L. L.*, VII, § 105 : O. MÜLLER et HEUSDE, (*de Lege Petilia*, p. 64, n. 4), lisent *quadam* au lieu de *quam*; SPENCEL et SAVIGNY (*loc. cit.*), proposent *debebat*; AUGUSTINUS, *debeat* au lieu de *debet*; SCHILLING (p. 213), lit *dederat* au lieu de *dat.*

(2) *Traité du droit de gage*, trad. Pellat, § 210, note I.

(3) *De j. r. nexo et mancipio*, p. 43, seqq.

jusqu'à l'échéance il serait dit *inire nexum* ; depuis l'échéance non suivie de paiement jusqu'au paiement effectif, il serait dit *nexum se dare*. Cette distinction, qui trouve, en effet, un certain appui dans la terminologie des auteurs (1), ferait remonter jusqu'au jour du prêt la qualité de *nexus*, et cette particularité aurait pour effet, — nous n'apercevons pas bien pourquoi, — de rendre *mancipi* les *operæ illiberales* : elles pourraient ainsi devenir l'objet de la mancipation que Sell comme Puchta trouve indispensable dans tout *nexum;* 2° Il sous-entend le terme *a die solutionis haud servato*, ce qui le fait échapper au reproche, encouru par la théorie de Savigny, de soumettre la mancipation à un terme exprès, modalité que les actes légitimes ne comportaient pas (2).

28. — XII. V. Scheurl (3) admet que les *operæ futuræ* sont louées, et non plus mancipées, et le tout *dicis gratia, nummo uno*, fictivement : ce qui supposerait que le prêt est lui-même antérieur au *nexum:* plusieurs textes portent, en effet, à le penser.

29. — XIII. Giraud (4) propose un système sensiblement différent, bien que reposant toujours sur l'attribution au créancier, des *operæ* du débiteur. Ce serait, non plus en vertu d'une opération spéciale ultérieure au prêt, que les *operæ* seraient dues, mais

(1) Tite-Live, VII, 19, *nexum inire*, VIII, 28, et Valère-Maxime, VI, 9, *nexum se dare coactus*.

(2) L. 77, D. *De reg. juris*, L. 17.

(3) *Vom nexum*, p. 51.

(4) *Des nexi*, p.

par suite d'une cause concomitante à ce prêt ; mais ce ne serait pas, comme le prétendent Savigny et Sell, par une mancipation de ces œuvres: quoi qu'en dise Sell, les *operæ* sont des *res nec mancipi*, insusceptible de ce mode de constitution : il y aurait dans la *nuncupatio*, à côté de la promesse de restituer, une clause accessoire assurant au prêteur le travail de l'emprunteur jusqu'à extinction de la dette, au cas où il ne paierait pas à l'échéance : cette promesse, couverte de la forme sacramentelle *per æs*, revêtue de solennités qui en font l'égale d'une loi, pourrait être exécutée sans recours à l'autorité judiciaire.

30. — XIV. Selon Tambour (1) le débiteur était contraint de racheter sa dette par son travail, et ses biens eux-mêmes répondaient de cette obligation. Mais ce n'était pas, comme le veut M. Giraud, à titre d'accessoire de la personne elle-même et parce que le droit de gage devait porter sur eux comme sur le débiteur lui-même et par voie de conséquence : en effet le débiteur ne voyait apporter *en droit* aucune modification à son état et l'on ne voit pas comment le créancier, dépourvu de toute puissance juridique sur l'emprunteur, eût eu droit à ses biens, fût-ce à titre d'accessoire : si donc le créancier a ce droit sur le patrimoine de l'emprunteur, c'est par suite de la mancipation qui lui en est faite par ce dernier, avec *fiducie* de les restituer après extinction de la dette.

(1) *Des voies d'exécution sur les biens*, I, p. 19 et seqq.

31. — XV. Pour Ortolan, le *nexus* était dans une situation de fait vis-à-vis du créancier : assimilé à un esclave vis-à-vis de lui, mais homme libre dans la cité. La base de la théorie de cet auteur, base qui semble impliquer une mancipation, n'apparaît pas très nettement ; on peut même relever une contradiction entre le n° 175 (1) où il distingue avec soin le *nexus* de l'*addictus*, et le n° 1180 (2) où il les confond. Néanmoins il semble que M. Ortolan reconnaisse, lui aussi, que cet état ait été l'objet direct d'une convention.

32. — XVI. Nous allons maintenant rencontrer trois systèmes, tous originaux, et qui s'écartent beaucoup, tant les uns des autres, que de ceux qui ont pour base la mancipation du débiteur, ou celle de ses services.

33. — Troplong (3) décrit, d'imagination, un état du *nexus* où le débiteur est homme libre à l'égard des tiers et de la cité, mais est, à l'égard du créancier, dans un état de fait voisin de la servitude. Son système offre ceci de très particulier, que ce serait le débiteur lui-même qui viendrait se mettre au pouvoir du créancier et travailler pour lui *in servitute* jusqu'à extinction de sa dette : cette proposition, bizarre au premier abord, est fort admissible en soi ; le débiteur a, en effet, un intérêt considérable à éviter, par sa soumission volontaire, l'*addictio*

(1) *Explication historique des Instituts*, I, p. 159, éd. 1874.
(2) *Eod.*, II, p. 498.
(3) *Traité de la contrainte par corps*, Paris, 1847. Préface, p. XXVIII.

que le prêteur ne pourra plus demander dorénavant contre lui (1).

Mais alors, on pourrait en déduire cette conclusion singulière : le *nexum* aurait existé dans l'intérêt du débiteur seul, et pour lui éviter un traitement plus dur en droit et en fait, l'*addictio*, avec le véritable esclavage, le droit de vente, le *jus vitæ necisque !* Le *nexum* eût existé dans l'intérêt du débiteur seul, disons-nous, car, sans le *nexum*, le créancier eût eu l'*addictio*, bien plus avantageuse pour lui, et dont il se trouvait ainsi privé. Les réclamations perpétuelles, — et vraisemblablement bien justifiées, — des plébéiens, ne se comprendraient plus dans ce système !

Nous croyons donc que cette simple remarque suffit pour le condamner.

34. — XVII. Huschke (2), dans sa très savante monographie, repousse aussi l'idée d'une mancipation : d'après lui, la forme du *nexum* dispenserait le prêteur de faire condamner le débiteur, sa créance étant d'ores et déjà certaine quant à son existence et quant à sa quotité, grâce aux formes spéciales du *nexum* ; il pouvait donc, *de plano*, en vertu de la forme du contrat, et dès le jour de l'échéance, en cas de non-paiement, pratiquer sur l'emprunteur la *manus injectio*, comme il le pourrait sur un *judi-*

(1) C'est en ce que le débiteur peut *se dare nexum* au créancier même sans le consentement de ce dernier, idée fort originale, que le système de M. Troplong se distingue de celui de Niebuhr.

(2) *Ueber das Recht des nexum*, p. 49, seqq.

catus, sur un *confessus in jure*, sur un *indefensus*. Mais cette *manus injectio* ne fut suivie qu'assez tard d'*addictio*, cette dernière institution étant postérieure, selon cet auteur, à la loi des XII Tables.

Huschke s'appuie sur l'opposition que les textes de Denys d'Halicarnasse établissent toujours entre l'exécution en vertu du contrat, et l'exécution en vertu d'un jugement.

Il en conclut, ainsi que nous venons de le voir, que le *nexum* est exécutoire *de plano*, par voie parée, au lieu que, pour les autres dettes, il ne l'est qu'après un *judicatum*. La dispense de *judicatum*, voilà donc l'effet du *nexum* : à partir de l'échéance sans paiement, le *nexus* est donc dans une situation identique à celle du *judicatus*.

Aussi, quand l'*addictio* fut introduite, dut-elle avoir lieu pour le premier comme pour le second ; de même les délais *(dies justi)*, les *proclamationes* qui protégeaient le *judicatus* lui furent applicables. De même encore le *nexus* pouvait probablement se soustraire à la poursuite en fournissant un *vindex adsiduus* : en un mot, c'est une assimilation complète de l'emprunteur *per æs* récalcitrant, et du débiteur ordinaire condamné.

Nous verrons, lors de l'exposition de notre système (n° 69), ce qu'il convient de conserver de cette théorie, qui a le premier tort de confondre deux classes de débiteurs pourtant bien distinctes, les *nexi* et les *judicati*.

35. — XVIII. Enfin Walter (1) indique une théorie d'après laquelle le *nexum* aurait été la promesse de remboursement avec faculté pour le créancier, au cas de non payement à l'échéance, de saisir le débiteur partout où il le trouverait, et sans que l'intervention du magistrat fût nécessaire pour valider cette exécution. Le caractère propre du *nexum* aurait donc été l'exécution privée introduite par convention.

Nous admettons volontiers l'exécution privée : l'idée en forme même la base du système que nous proposerons ; mais, ainsi que le fait remarquer Bachofen (2), les particuliers ne peuvent régler ainsi par une convention accessoire, les moyens d'exécution, dont l'organisation appartient au pouvoir seul, et qui sont d'ordre public : Si donc l'on adopte l'idée d'une exécution extrajudiciaire, ce que nous croyons exact, il n'en faut pas chercher la base, comme l'a fait Walter, dans une clause par elle-même dénuée de toute autorité.

§ 2

CLASSIFICATION DES SYSTÈMES

36. — Voilà quels sont, à notre connaissance, et sauf des variantes sans importance, toutes les théories proposées jusqu'à ce jour.

(1) *Röm. Geschichte*, p. 641-643.
(2) *Die lex Petillia*, p. 69.

Leur nombre est tel que l'on ne peut les examiner et les réfuter toutes en détails, sans entrer dans des développements à la fois considérables et dépourvus d'intérêt, et sans tomber dans des redites continuelles, inévitables.

Nous nous proposons donc, avant de passer à la partie critique, de chercher à ramener toutes ces opinions, en faisant abstraction de leurs différences de détail et d'application, à quelques idées premières, irréductibles, desquelles la réfutation entraine celle de tous les systèmes qui en découlent.

37.— En appliquant cette méthode, et étant donné l'ordre dans lequel nous avons pris soin de présenter ces diverses théories, il devient évident que la très grande majorité peut s'en répartir entre deux systèmes-types, de l'un desquels la base serait une mancipation du débiteur au créancier (1), et dont le second reposerait, au contaire, sur une idée d'engagement des simples *operæ* de l'emprunteur (2).

Dans la première catégorie se rangent les systèmes exposés sous les numéros I à IX; sous la seconde, ceux qui sont compris sous les numéros X à XV. Quant aux théories originales qui occupent les numéros XVI à XVIII, nous en avons fait immédiatement une réfutation sommaire, qui se

(1) Nous conserverons à ce système le nom de système de la *Selbstmancipation*, que lui donnent les auteurs allemands, les seuls à peu près qui l'aient adopté.

(2) Il est connu sous la dénomination de système du *nexum operarum*.

complètera par l'établissement de notre propre système.

Faisant donc abstraction de ces dernières, voyons ce que vaut chacune des deux bases générales que l'on a cru devoir assigner au *nexum* : si nous parvenons à en démontrer la fragilité, les théories qui reposent sur chacune d'elles se trouveront ainsi écartées, en bloc, du même coup.

§ III

CRITIQUE DES SYSTÈMES

I

Critique du système de la Selbstmancipation

38. — La mancipation a pour but et pour effet de mettre son objet dans la puissance de l'acquéreur.

Or, la puissance sur les individus n'a jamais revêtu que quatre formes : Le *dominium*, c'est-à-dire la puissance du maître sur l'esclave ; — le *mancipium*, puissance d'un homme libre sur un autre qui n'était pas déjà légalement sous son autorité à titre de descendant ; — la *patria potestas*, puissance du *pater familias* sur ses descendants légaux non émancipés ; — la *manus*, autorité du mari (1) sur la femme, ob-

(1) Il est certain qu'à l'origine et pendant longtemps le mari put seul avoir la *manus*, et cet état de choses dura au moins jusqu'à la loi Pætilia ; plus tard, des expédients de praticiens firent admettre la *manus fiduciæ causa* en faveur même d'un autre que le mari. Gajus, C I, 114 et 115.

tenue à l'aide de certaines formalités, dont une seule, la *confarreatio*, se confond avec le mariage lui-même.

Le *nexus* ne peut évidemment être soumis, par le seul fait du *nexum*, à la *patria potestas* du prêteur, puisque cette puissance suppose une parenté légale.

Nous devons mettre de côté la *manus*.

Donc, le *nexus* ne pourrait être soumis qu'à l'une de deux puissances : le *dominium* ou le *mancipium*.

1° Il ne peut être soumis au *DOMINIUM*

39. — En effet, la *dominica potestas* ne peut porter que sur un esclave : or, le *nexus*, homme libre, n'a pu conventionnellement abdiquer sa liberté, qui est inaliénable : il ne peut donc être l'objet d'un droit de cette nature.

De ce syllogisme en forme, la majeure est un postulat.

La mineure peut être établie par des témoignages irrécusables.

La liberté est inaliénable : c'est ce que nous apprennent tous les textes.

Callistrate, dans ses *Quæstiones* (1) : Conventio privata *neque* servum *quemquam*, *neque libertum alicujus facere potest.* »

L'empereur Dioclétien, dans une de ses Constitutions (2) : « Liberos privatis pactis *nec actu quo-*

(1) L. 37, D. *de liberali causa*, XL, 12.
(2) L. 10, C. *Eod. titul.*, VII, 16.

cumque administrationis non posse mutata conditione SERVOS *fieri,* CERTI JURIS EST. »

Cicéron (1) : « *Si libertas adimi* NULLO MODO *potest.* »

40. — En vain l'on objecterait certains textes (2) desquels il résulte qu'un homme libre peut devenir esclave, et cela, à la suite d'une convention : ils ont tous rapport au cas où un majeur de 20 ans s'est laissé vendre comme esclave pour partager le prix : mais alors ce n'est plus en vertu du contrat que le vendu devient esclave de l'acheteur : la preuve en est qu'il reste recevable à revendiquer sa liberté par une *proclamatio ad libertatem,* si l'acheteur a été de mauvaise foi, *si sciens emit :* c'est à titre de châtiment de sa fraude, et par application d'une disposition pénale bien connue : *Quum liber homo major XX annis ad participandum pretium sese venumdari passus est* (3).

Cette décision même n'est pas plus un échec au principe de l'inaliénabilité de la liberté, que celle des XII Tables qui adjuge le *fur manifestus* au volé, et qu'en général toutes les causes de réduction en esclavage. Cette exception vient même confirmer le principe : s'il était nécessaire qu'en punition de sa fraude, et pour ne pas rendre l'acheteur victime de cette fraude, le vendu devint son esclave, c'est que la

(1) *Pro Cœcinâ,* 33.

(2) Notamment, L. 5, § 1. D. *De stat. hominum,* I. 5. — L. 5. D. *Quib. ad libertatem,* XL. 13. — L. 23. D. *De lib. causâ,* XL. 12.

3) Instit. § 4. *De jure person.* I. 3.

convention, par elle-même, avait été impuissante à produire ce résultat.

2° Il n'est pas in *MANCIPIO*

41. — En effet la mancipation n'est pas un mode *originaire*, elle est un *mode dérivé* (1), ce qui veut dire qu'elle ne peut avoir pour effet de *créer* un droit mais seulement d'en transmettre un préexistant.

C'est dire que le *mancipium* ne pouvait être conféré sur des personnes *sui juris*, mais seulement sur des personnes soumises déjà à une puissance contenant un *mancipium* direct ou causal : c'est, en effet, ce que nous apprend Gajus (2) : on ne peut manciper que les personnes que l'on a déjà *in patria potestate*, ou *in manu*, ou *in mancipio*, mais on le peut dans les deux premiers cas, parce que ces puissances renferment le *mancipium* ; dans le dernier, parce que ce droit est transmissible.

Or le citoyen qui emprunte est, par hypothèse, *sui juris* : donc il est insusceptible de faire l'objet d'une mancipation.

41. — Nous irons même plus loin, et nous dirons que, *par quelque mode que ce soit*, l'homme *sui juris* ne peut tomber directement *in mancipium* : car les modes dérivés lui sont tous inapplicables, comme la mancipation, parce qu'ils ne sont que translatifs, et qu'on ne peut transférer qu'un droit déjà existant. Le

(1) L. 1, § 1, D. *de poss.*
(2) C. I. 117 à 118 [a].

seul mode originaire, l'*occupation*, ne peut davantage faire de lui un homme *in mancipio* : car il ne peut donner que la propriété pleine, le *dominium*, et créer que des esclaves; d'ailleurs l'occupation ne peut se produire sur des individus que dans un *justum bellum*, et, de plus, lorsqu'elle s'exerce sur des *hostes*.

Donc l'homme *sui juris* ne peut, ni par une mancipation, ni par aucun autre mode, originaire ou dérivé, tomber *in mancipium*.

42. — A ce raisonnement les partisans du système de la selbstmancipation font une double objection :

La *patria potestas* peut s'acquérir directement sur un homme *sui juris*, par l'adrogation ;

La *manus* peut être créée sur une femme *sui juris*, aussi bien que sur une femme *alieni juris*. Et elle peut s'acquérir notamment par la mancipation.

Or la *patria potestas* et la *manus* sont des puissances analogues au *mancipium* et au moins aussi fortes : elles contiennent le *mancipium* causal, puisqu'elles renferment le droit de le conférer à un tiers

Pourquoi le *mancipium* ne pourrait-il pas s'acquérir de même, sous sa forme directe, sur une personne libre de toute puissance ? Pourquoi ne le pourrait-il pas, comme la *manus*, par une mancipation?

43. — Ces objections se retournent, nous semble-t-il, contre leurs auteurs, si l'on fait les remarques suivantes :

Pour la *patria potestas*, si elle se créait sur un homme indépendant, c'était par une exception extraordinaire,

nécessitée par le désir, extrêmement puissant à Rome, de ne pas laisser éteindre une famille, et réalisée dans une forme également unique : ce n'était pas par la mancipation que s'opérait l'adrogation ; cette forme était regardée comme insuffisante : c'était par un acte solennel et religieux, en présence des pontifes et du peuple, sous le contrôle et avec l'assentiment de toutes les puissances divines et humaines.

Or la constitution du *mancipium*, elle aussi, par suite de la *capitis deminutio* qu'elle entraînait, eût éteint un foyer et fait disparaître un culte : voyons-nous qu'il eût jamais existé une solennité analogue à l'adrogation pour permettre à un homme *sui juris* de se soumettre au *mancipium* ? L'acquisition de cette puissance par un créancier eût été certes plus dangereuse et vue plus défavorablement que l'adrogation : il est donc totalement inadmissible qu'elle ait pu se réaliser sans des garanties, des enquêtes, des formalités au moins aussi sérieuses ; un pareil mode n'existant pas, il nous est impossible de croire au pouvoir pour un homme libre de se manciper soi-même.

En ce qui concerne la *manus*, certes elle pouvait s'acquérir sur une femme *sui juris*, et cela, *coemptione*, par la mancipation. Mais il existait aussi d'autres modes de l'acquérir : la *confarreatio* et l'*usus*. Nous laissons de côté la *confarreatio*, cérémonie religieuse produisant un effet civil, mais spéciale au mariage et usitée seulement entre patriciens. Restent deux modes d'acquisition de la *manus*, modes généraux

de translation de droits réels : la mancipation et l'usucapion : rien n'autorise ici à les séparer.

De deux choses l'une, alors : ou bien on étend à l'acquisition du *mancipium* sur l'homme libre de puissance, les modes d'acquisition de la *manus* sur la femme ; ou bien ces modes sont inextensibles.

Or l'*usus* est certainement insusceptible de faire acquérir le *mancipium* sur un homme *sui jurîs* ; il doit donc en être de même de la mancipation.

Il nous reste à expliquer comment il se fait que la femme *sui juris* peut tomber *in manum*, et cela, par la prescription et la mancipation, alors qu'aucun de ces deux modes ne pourrait établir le *mancipium* sur un homme libre : notre démonstration sera alors complète.

Cette exception, d'après laquelle la femme libre de toute puissance peut se donner *in manum*, n'est, au fond, qu'une application de celle qui permet au *paterfamilias* de se donner en adrogation : la femme devient alors, en effet, *filiafamilias*, et ce dernier résultat est lui-même nécessité par la conception romaine de la famille, où tout devait disparaître devant la personnalité du *pater* et s'absorber en lui.

Mais les moyens même employés pour y parvenir, comme leur effet, qui est de mettre la femme *loco filiæ*, et non pas *in mancipio*, montrent combien les anciens Romains étaient éloignés d'admettre la *conventio in mancipium* directe d'un *sui juris*.

Pour la patricienne, c'était la *confarreatio*, céré-

monie religieuse où se manifestait encore l'intervention pontificale ; pour la plébéienne, c'étaient bien la mancipation et l'usage d'un an : mais, dans un but de ménagement, on adoucissait pour elle ces modes ordinaires de cession des biens corporels : contre l'effet de l'*usus*, elle avait la *trinoctii usurpatio* ; et la mancipation se faisait *coemptione*, c'est-à-dire que le mari et la femme étaient réputés s'acheter réciproquement, afin que cette réciprocité empêchât la femme de tomber *in servili causa*.

Notre conclusion est donc, et nous croyons l'avoir suffisamment établie, que l'homme *sui juris* ne peut tomber *in mancipium*, et spécialement, n'y peut tomber par la mancipation.

44. — Nous irons plus loin : même s'il était admissible qu'on pût volontairement se soumettre à cette puissance, le *nexum* ne contenait pas et ne pouvait pas contenir une application de cette faculté.

En effet, d'abord la mancipation serait ici, incontestablement, soumise à la condition suspensive du non-paiement à l'échéance.

D'autre part, — les textes ne permettent pas d'en douter, et les partisans du système de la selbstmancipation le reconnaissent eux-mêmes presque tous —, l'effet du *nexum* est suspendu jusqu'à l'échéance, puisqu'alors seulement on saura si le débiteur sera ou ne sera pas libéré à temps, si la condition qui suspendait l'existence de la mancipation s'accomplira ou non : la mancipation, s'il y en avait une, serait donc forcément à terme.

Or les *Actus legitimi*, au nombre desquels est la mancipation, ne supportent ni le terme ni la condition (1).

Par suite, la mancipation du débiteur par le *nexum* est impossible.

45. — En vain on a tenté d'échapper à l'application du principe de la loi *Actus legitimi*, principe qui a existé à Rome de tout temps, en prétendant que la condition ou le terme *exprès*, seul, annule les actes solennels ; mais qu'ici, la condition, le terme étant sous-entendus, sont valables ; et l'on cite à l'appui plusieurs textes, notamment la L. 9, § 1. D. *De jure dotium*, (XXIII, 3), aux termes de laquelle la mancipation *propter nuptias* est à la fois valable et réputée faite sous la condition tacite : *si nuptiæ sequantur*.

Les textes qu'on nous oppose n'ont aucun poids dans cette controverse : ils ont tous rapport à un état de droit très-postérieur à la période du *nexum*, et se réfèrent à la période classique.

Est-il possible d'admettre, si nous nous reportons à l'époque lointaine de l'obligation *per æs et libram*, qu'une condition pût alors être valablement sous-entendue, et spécialement qu'elle pût l'être dans le *nexum* ?

Nous ne le croyons pas, par la raison bien simple que la condition est une fiction (2) : or la fiction ne

(1) L. 77. *De reg. juris.* L, 17.

(2) Bufnoir. *Théorie de la condition*, p. 404. Traitant de la condition à *l'époque classique*, cette auteur s'exprime dans dans les termes suivants ; nous transcrivons le passage, ce livre étant devenu

pénètre que tardivement dans les législations, et son introduction dans le droit romain est certainement postérieure aux commencements du *nexum*.

D'autre part, et surtout, la condition tacite est toute dans l'intention des parties : or il est facile de démontrer qu'à cette époque reculée la recherche de l'intention des contractants était interdite.

A l'origine, chez tous les peuples, c'est un fait acquis, les contrats furent unilatéraux : on décompose les contrats en leurs éléments premiers (1). Qu'il en ait été de même à Rome, c'est incontestable.

Tout d'abord la vente n'existait pas ; il n'y avait qu'une mancipation, acte unilatéral, suivie du paiement d'une somme, acte également unilatéral (2) ; longtemps, une double stipulation tint lieu de contrats synallagmatiques. De même, le *nexum* contenait une simple pesée d'argent et créait l'obligation unilatérale de la rembourser. A cela les parties, d'après la théorie que nous combattons, joignaient une mancipation du débiteur, mancipation soumise à la condition du non-paiement à l'échéance.

Voilà deux actes, le prêt, *mutuum*, unilatéral par

rare : « Toutes les fois qu'un *actus legitimus* se trouve, en fait subordonné à une condition sous-entendue cet acte doit être considéré d'une manière absolue comme se formant à l'arrivée de la condition,.. Il y a une sorte de *fiction* nécessaire, en vertu de laquelle l'acte donc il s'agit *est censé se produire à l'avènement de la condition.* »

(1) M. Dareste (*Etudes d'histoire du droit*, p. 7, note 1) nous donne un exemple de ce fait en droit Egyptien : une vente à terme était une translation de propriété suivie du prêt du prix à l'acheteur.

(2) Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, p. 417, seqq.

essence, et la mancipation qui ne l'est pas moins ; deux actes de droit strict, que l'intention non exprimée des parties ne peut donc servir à interpréter, et dont elle ne peut modifier les résultats. Et l'on voudrait, alors que la mancipation a pour effet naturel d'être certaine, immédiate, définitive, rechercher dans l'esprit des co-contractants cette condition suspensive du non-paiement, qui n'existe que dans leur intention, et qui n'a aucun point d'appui dans la mancipation elle-même? Ou nous nous trompons fort, ou c'est fausser singulièrement la notion d'acte de droit strict à Rome, acte sévèrement entendu, surtout à l'origine, et dont l'interprétation ne pouvait ressortir que des paroles prononcées suivant le rite consacré : *nuncupatio*, stipulation, *sponsio* : ici la mancipation, *actus legitimus*, ne peut supporter, dans la *nuncupatio*, de condition expresse. Elle ne peut davantage supporter la condition tacite, en contradiction avec son caractère d'acte unilatéral.

On objecte que le testament *per æs et libram* s'effectue par une mancipation qui contient une condition et un terme tacites : la condition de la survie de l'héritier, et le terme du décès du disposant.

Cette objection comporte plusieurs réponses :

D'abord le testament *per æs et libram* est de date relativement récente, puisqu'il s'effectue par une mancipation *nummo uno*, par une fiction (1).

(1) Bechmann. *Der Kauf*, I, ch. II.

Puis, et surtout, il y a lieu de distinguer entre les deux époques de ce testament, que nous révèle Gajus (1) :

Dans une première période, de très-courte durée, le *familiæ emtor* fut l'héritier lui-même, et alors la mancipation devait produire immédiatement son effet. Ce résultat n'a rien que de naturel : ce testament fut introduit, Gajus (2) et Théophile (3) nous l'apprennent, pour permettre de tester, *in extremis*, aux personnes qui, par superstition, de crainte que cet acte fût de mauvais augure, n'avaient pas usé de la faculté de tester *calatis comitiis*. Et en effet, le testateur est toujours qualifié, dans cette période, *moriturus*, ou *repentino morbo correptus*. Il était donc sans inconvénient probable que la translation de propriété fût immédiate, d'autant plus que si, par imprévu, le testateur revenait à la santé, la restitution de son patrimoine lui était assurée par une double sanction, très-efficace chez les Romains : l'opinion publique eût flétri, et les censeurs eussent probablement noté d'infamie l'héritier assez peu scrupuleux pour conserver l'héritage. Dans cette première période, il n'y avait donc, à la mancipation testamentaire, ni terme, ni condition.

Mais le testateur voulut bientôt se préserver de la possibilité, si improbable fût-elle, de non-restitution

(1) C. II. 103.

(2) C. II, 102 : *qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is,* SI SUBITA MORTE URGEBATUR.....

(3) Paraphase sur le § 1, I, de *test. ord.* II, 10.

de son patrimoine en cas de retour à la santé ; ou plutôt, et ce dernier motif ressort même seul des textes, il voulut pouvoir faire son testament sous cette forme, alors même qu'il ne serait pas dangereusement malade, sans être immédiatement dépouillé, et se réserver le droit de modifier la désignation de son héritier, ou la possibilité de la reculer à la dernière extrémité : il mancipa alors sa *familia* à un tiers, encore appelé *familiæ emtor*, qui devait, par suite d'une fiducie, restituer, à la mort du testateur, l'hérédité à celui qui aurait été par lui désigné, en dernier lieu, pour son successeur. Mais, ici encore, il n'y avait pas, malgré les apparences, mancipation à terme et sous condition. Ce que le *familiæ emtor* acquérait, en effet, ce n'était pas un droit de propriété sur le patrimoine ; c'était, — et les termes mêmes de la *nuncupatio*, conservés par Gajus (1), le prouvent suffisamment, — la *tutela* et d'après quelques lectures, la *mandatela*, droits d'une nature très-spéciale et encore mal définie, mais qui certainement laissaient au testateur les droits de jouissance, d'administration, de disposition.

Il est donc inexact de dire que le testament *per æs et libram* ait jamais contenu une mancipation à terme et sous condition, et le principe par nous exposé reste intact.

46. — Nous avons ainsi démontré doublement que le *nexum* ne peut renfermer la mancipation du débi-

(1) C. II, 104, éd. Giraud, Paris, 1881.

teur, parce que la mancipation d'un homme *sui juris* est nulle, et que la mancipation soumise à une condition ou à un terme tacite était impossible à cette époque sensiblement antérieure à la loi de XII Tables.

47. — Est-il besoin maintenant de faire ressortir qu'aucun texte n'autorise le système de la mancipation du débiteur ? Qu'aucun texte ne montre le *nexus* faisant ou pouvant faire l'objet d'une cession, alors que le *mancipium* est essentiellement transmissible ? D'un *furtum*, alors que l'homme *in mancipio* peut être volé ? Que Denys (2), au contraire, nous le représente comme n'ayant subi aucune *deminutio capitis*, alors que sa *conventio in mancipium* eût nécessairement produit cet effet ?

II

Critique du système du NEXUM OPERARUM

48. — Le *nexum operarum* ne peut constituer qu'une mancipation ou qu'un louage des *operæ*.

49. — Ce ne peut être une mancipation, pour deux motifs péremptoires :

D'abord, le *operæ illiberales*, même *a die solutionis haud servato*, ne peuvent faire l'objet d'une mancipation : malgré tous les efforts de Sell, il reste certain qu'elles sont *res nec mancipi*.

Puis, cette mancipation serait forcément, comme

(2) *Antiquités*, VI, 41.

celle du débiteur lui-même, à terme et sous condition : la réfutation longue et complète que nous avons faite de la théorie qui précède, en montrant qu'une telle mancipation serait impossible, même en sous-entendant ces modalités, trouve donc ici encore son application, et nous n'avons qu'à y renvoyer. (n° 45)

50. — Est-ce davantage une *locatio operarum?* C'est là, à notre avis, la théorie la plus plausible parmi celles qui adjoignent à la pesée, dans le *nexum*, et à l'obligation de restitution qu'elle valide, un contrat accessoire : cette théorie, au moins, ne soulève, *en droit*, aucune objection au point de vue des principes.

Néanmoins, nous la croyons inexacte, elle aussi, car elle est absolument inconciliable avec *les faits*, tels que les textes nous les révèlent.

Le louage, en tant que contrat synallagmatique et consensuel, étant ignoré à l'origine (n° 45), cette *locatio operarum* ne pouvait résulter que d'une stipulation : en effet, nous avons vu (n° 15), que le *nexum*, simple dation, ne pouvait, par lui-même et sans l'adjonction d'une autre forme efficiente, rendre obligatoire un autre pacte que celui qui tendrait à la restitution.

La stipulation des *operæ* créerait, au bénéfice du créancier, un simple droit personnel. Or les droits personnels ne donnent par leur seule force aucune prise sur le débiteur lui-même.

Comment comprendre que, sans *judicatum*, sans *addictio*, alors que la promesse revêtue de la forme

de la stipulation ne peut être exécutée sans cette intervention judiciaire, comment comprendre qu'en vertu d'un simple droit personnel, non certain ni liquide, non reconnu ni sanctionné par justice, le stipulant ait ici acquis sur le promettant les pouvoirs exorbitants que lui reconnaissent les textes? Ce droit de se saisir du débiteur, de le retenir en prison, de le charger de fers? Tous droits que l'on a seulement sur l'individu sur lequel on possède un droit réel, ou que vous livre un droit d'exécution directe!

Droit réel, le prêteur n'en a pas, nous l'avons démontré (nos 38, seqq.).

Droit d'exécution directe, il n'en aurait pas davantage, tant qu'il n'y a pas eu *judicatum*, s'il y a simple promesse de travail: or des textes nombreux, que nous signalerons et que nous ferons valoir sous la section II, reconnaissent au prêteur le droit de se saisir du débiteur même sans *judicatum*.

Le système du *nexum operarum*, comme celui de la *selbstmancipation*, est donc inadmissible.

SECTION II

PROPOSITION DUN SYSTÈME (1)

§ I

Objet du nexum

51. — Nous avons démontré, en étudiant la nature du *nexum*, que cet acte est un contrat obligatoire, et qu'il comporte essentiellement deux éléments: 1° le pesage, réel à l'origine, puis fictif, d'une somme d'argent; 2° la *nuncupatio*, pacte adjoint *in continenti*, et couvert par la forme *per æs et libram*.

L'objet du *nexum* est donc double:

1° Une somme d'argent à donner en *nexum*: élément réel;

2° Une convention à sanctionner: élément obligatoire.

Et il ne contient rien de plus.

Deux systèmes tendant à ajouter à cet objet: le premier, la mancipation du débiteur, le second, la mancipation ou le louage de ses *operæ*, à titre de garantie, ont été successivement exposés et rejetés dans la section I de ce chapitre.

Voilà des principes que nous pouvons maintenant considérer comme acquis.

(1) Nous croyons pouvoir donner ce système comme nous étant personnel dans toutes ses parties: nous n'avons du moins rencontré dans aucun des nombreux ouvrages que nous avons consultés, rien qui pût faire supposer l'existence d'un système analogue.

52. — Sur la somme d'argent destinée à être nexée, nous n'avons rien à ajouter.

53. — Mais quelques explications complémentaires sont nécessaires sur l'obligation à laquelle donne naissance le *nexum*.

Cette obligation ne peut, nous l'avons déjà brièvement démontré, tendre qu'à la restitution de la somme prêtée : la convention usuraire ne peut être garantie par la forme du *nexum*, et doit faire l'objet d'une stipulation accessoire.

Il nous faut revenir sur ce dernier point, qui forme la base de notre système, et sur lequel nous nous sommes borné (n° 15), à une démonstration sommaire, tentée par anticipation dans le seul but de donner un tableau d'ensemble du *nexum* tel que nous le concevons. Comme toute notre théorie repose sur cette distinction du capital, *sors*, garanti par le *nexum*, et des intérêts, *usuræ*, dus en vertu d'une simple stipulation, il convient de prouver que cette notion résiste à l'objection, et qu'un examen approfondi ne fait que la confirmer.

54. — Cette conception est d'abord conforme aux principes (n° 15) (1).

(1) Nous ne nous attarderons pas à réfuter un système d'après lequel les intérêts de l'argent prêté seraient dus par assimilation à des fruits. Cette doctrine a pourtant reçu asile dans les études les plus sérieuses, qui, à la vérité, ne font que l'énoncer et la jeter au courant d'un exposé du *nexum*.

Elle est doublement fausse :

1° Parce que c'est uniquement dans les dettes de corps certains que les fruits grossissent le capital et doivent être restitués avec

D'une part, les pactes nus tendant à créer ou à augmenter une obligation sont complétement dépourvus d'action;

D'autre part, on a toujours admis qu'un pacte joint à une dation pourrait rendre obligatoire la restitution de l'objet de cette dation.

Si l'on combine ces deux principes, on aperçoit que le pacte joint à la dation d'une quantité, et tendant au paiement d'une quantité supérieure est, dans la mesure où il a pour objet l'excédant, un pacte nu, dépourvu de sanction.

Plus spécialement, si une dation est faite en une *forme* donnée, cette forme, avec ses garanties, ne peut couvrir que l'obligation de restituer l'objet transféré en cette forme.

Appliquons au *nexum* cette notion abstraite : la *nuncupatio* qui, dans le *nexum* exprime les pactes joints au prêt et les rend obligatoires, peut valider

lui : ici, comme dans toutes les dettes de genre, le genre prêté est seul dû en qualité et quantité. Il en était de même dans le *mutuum*. Si, dans la vente, les intérêts du prix couraient de plein droit du jour de la tradition de l'objet, c'était à la fois parce que les intérêts y pouvaient être considérés comme l'équivalent des fruits de la chose vendue, et parce que la vente est un contrat de bonne foi ; nous répétons, du reste, que son introduction est postérieure à celle du *nexum*.

2° Cette conception des intérêts n'a jamais été celle des Romains : *nummus non parit nummos* : cette formule avait aussi cours chez eux ; la preuve en est, et que les intérêts ne couraient pas de plein droit, et que le taux en était très-variable. Enfin, cette idée, aussi abstraite que fausse, des fruits d'une chose naturellement stérile, est inadmissible de la part d'un peuple juridiquement aussi peu avancé que l'étaient les Romains lorsque le *nexum* s'implanta chez eux.

AU PLUS la convention de restitution de l'objet prêté.

La convention jointe au prêt du *nexum æs* n'est donc pas couverte par la forme *per æs et libram*, c'est un pacte nu ; pour que cette convention fût obligatoire, il faudrait donc qu'elle se produisit en une forme, stipulation ou *sponsio*, qui ait par elle-même le pouvoir de munir d'action les conventions qui la revêtent.

55. — Nous avons déjà fait remarquer que cette distinction du capital, restituable par la seule convention adjointe à la dation, et des intérêts qui ne peuvent être dûs qu'en vertu d'une stipulation, trouvait, sans que cela puisse être contesté, son application dans le *mutuum* (2). Or le *mutuum*, en tant qu'il a pour objet une somme d'argent, n'est autre chose que le *nexum* dépouillé de la forme, vieillie et démodée, de l'*æs* et de la *libra*. Cette analogie vient confirmer d'une manière extrêmement forte la conclusion à laquelle le simple raisonnement agissant sur des principes certains, nous avait conduit.

56. — Une série d'objections très-spécieuses peut ici nous être présentée.

57. — Nous ne pensons certes pas que les déductions ci-dessus exposées soient contestables, si l'on admet que le *nexum* est un contrat *re* : mais, pourrait-on dire, il faudrait d'abord prouver que telle est sa nature.

Or, à côté du pesage et de la remise du numéraire,

(2) ACCARIAS. *Précis de droit romain*, II, 589.

il comprend des paroles solennelles, la *nuncupatio*; cette *nuncupatio* a lieu *verbis*, comme la stipulation et la *sponsio*: pourquoi ne serait-elle pas, comme ces dernières, une forme absolument générale, et ne pourrait-elle pas recouvrir et valider une convention quelconque? Pourquoi, par suite, le pacte d'intérêts inséré dans la *nuncupatio*, ne serait-il pas obligatoire?

Et l'on pourrait, à l'appui de cette objection, invoquer le fameux texte de la loi des XII Tables, en vertu duquel on a quelquefois prétendu donner à la *nuncupatio* un champ d'action aussi vaste : QUUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, *UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO* (1).

Quant à l'analogie du *nexum* avec le *mutuum*, elle tomberait du même coup : s'il faut à côté du *mutuum* une stipulation accessoire et distincte pour les intérêts, c'est que le *mutuum*, pur contrat *re*, ne comporte pas, par lui-même, de *verba*; tandis que ces *verba* existant déjà dans le *nexum*, on peut, et cet usage en semble tout indiqué, les faire servir à rendre obligatoire le pacte d'intérêts : le *nexum* renfermant par lui-même les éléments nécessaires, il n'est plus ici besoin de recourir à une forme étrangère, à la stipulation.

Enfin, le prêt à intérêt étant seul connu des Romains, la convention d'intérêt ne faisait-elle pas elle-même essentiellement partie du prêt, du *nexum*?

(1) Table V, fr. 1.

58. — Nous ferons d'abord disparaître cette dernière objection, grâce à une double remarque :

En premier lieu il est inexact de soutenir que le prêt d'argent à Rome fût nécessairement à intérêt : les auteurs nous fournissent plusieurs exemples du contraire :

Tite-Live, *Décad.*, VI, 20 :

Manlius... prope CD homines produxisse dicitur, quibus SINE FŒNORE *expensas pecunias tulisset.*

Térence, *Phorm.* 299-301 :

Argentum deerat ; sumerat
Alicunde. . . . . .
Postremo, SI NULLO ALIO PACTO, FŒNORE.

Plaute, *Asin*, I, 3, 95 :

Nam, SI MUTUAS NON POTERO, *certum'st sumam* FŒNORE.

Pseudol, I, 3, 52 ;

. . . . . *Si amabas, invenires mutuum,*
Ad danistam devenires, ADDERES FENUSCULUM.

Donc les intérêts *ne sont que de la nature* du prêt d'argent.

Puis cette objection n'est, au fond, que la répétition des précédentes, sous une autre forme : si le pacte d'intérêts fait, par nature ou par essence, partie intégrante du *nexum*, comme on l'avance, c'est évidemment qu'il *peut* en faire partie.

59. — Les objections qu'on peut présenter à notre distinction peuvent donc se ramener toutes au point suivant : la *nuncupatio* dans le *nexum* pouvait sanctionner une convention d'intérêts. Il nous suffira

donc de réfuter cette simple proposition, ce que nous allons tenter.

La *nuncupatio* avait, dans le *nexum* et dans la mancipation, la même énergie, le même champ d'application; la raison indique que les *verba*, couverts par la même forme *per æs et libram*, ne pouvaient différer quant à leur force et à leur étendue; et la Loi des XII Tables, dans le fragment cité, les place, en effet, dans les deux cas, sur la même ligne.

Or il est certain que, dans la mancipation, la *nuncupatio* ne pouvait renfermer toutes conventions, même parmi celles qui sont les plus naturelles à la mancipation. Dans un travail remarquablement complet sur la *nuncupatio*, M. Voigt (1) donne une énumération des clauses de la *lex mancipii* qui sont parvenues jusqu'à nous : or il est facile de vérifier que, parmi ces clauses, il n'en est *pas une* qui tende à créer une obligation dépassant l'objet mancipé : on peut dire d'une manière générale qu'elles ont toutes pour but de préciser la nature et la portée de l'acte auquel on procède, ou de délimiter l'étendue de l'objet cédé : par exemple, la *lex mancipii* porte que tel immeuble est mancipé *deducto usufructu*; ou bien, qu'il est mancipé *uti maximus optumus*. Si, alors, la quantité ou la qualité annoncée n'est pas transmise, l'action *in duplum* accordée par la loi des XII Tables contre celui qui a fait une *nuncupatio*

(1) *Ueber das civil-u.criminal Recht der XII Tafeln*, II, 146.

menteuse (1), et plus tard, l'action *ex empto*, est bien donnée à l'*accipiens*, mais pourquoi ? Uniquement parce que l'objet mancipé était légalement tel que le *tradens* l'avait annoncé : « *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » : c'est donc sur cet objet tel qu'il était annoncé que la dation portait aux yeux de la loi, c'est dans cet état que l'*accipiens* avait le droit d'en exiger la remise du *tradens*.

Alors que la *nuncupatio* est de la même nature dans le *nexum* et dans la mancipation ; que, d'autre part, elle ne peut, dans la mancipation, créer des obligations ne naissant pas de la mancipation elle-même, est-il admissible qu'elle pût, dans le *nexum*, comprendre la convention d'intérêts, qui tend à créer une obligation dépassant la dation ?

60. — La *nuncupatio* ne peut donc contenir que les éléments suivants :

1° Détermination de la nature du contrat : il faut savoir si l'acte *per æs et libram* dans lequel une somme est pesée est, par exemple, un prêt ou une libération ;

2° Dans le cas de prêt, détermination de la somme qui fait l'objet du pesage, *maximum* de la restitution possible ;

3° Clause de restitution totale ou partielle ;

4° Fixation d'un terme.

(1) Cic. *De Off*, III, 16, 65 *ex* : *XII Tab. satis esset ea prœstari, quæ essent lingua nuncupata, quæ quis infitiatus esset, dupli pœnam subiret.* Tab. V. fr. 11.

Il convient de remarquer que tous ces éléments sont *essentiels* au prêt, à la différence de la clause d'intérêts, qui est seulement de sa *nature* (1).

61. — Les textes s'acccordent avec le raisonnement basé sur les principes connus du Droit Romain, pour conduire à la distinction que nous proposons entre le capital dû en vertu du *nexum*, et les intérêts, pour lesquels une stipulation accessoire est nécessaire.

Pour ne pas parler des lois agraires, qui, elles aussi, furent une cause de dissensions continuelles, les textes rendent incontestable qu'il y eut à Rome deux *questions* particulièrement irritantes : la question des *nexi* (2) et la question de l'usure (3).

Nous les voyons faire l'objet des réclamations du peuple, tantôt simultanément, tantôt, et plus fréquemment, à tour de rôle, ce qui est plus significatif à notre point de vue. Ainsi Tullius, dans l'espèce de profession de foi qu'il fit avant son élévation à la royauté, promet de ne plus souffrir que les prêts aient pour gage le corps du débiteur : il visait certainement les *nexi* (4). Ainsi encore, la

(1) V. Cicéron. *De Off.* III. 16. 65.

M. Giraud semble favorable à cette conception restreinte de la *nuncupatio :* des *Nexi*, p. 415. Cf. aussi Voigt, *loc. cit.*, Jourdan, l'*Hypothèque*, p. 36, et Bechmann, *Der Kauf*, p. 234 ; Puchta, p. 34, n° 16, et Bachofen, p. 30, donnent un formule trop large.

(2) Tite-Live, II, 31 : *Agitabatur..... quid* nexis *fieri placeret.* — Denys d'Hal, V, 68.

(3) Tacite, *Ann.* VI, 16 : *fenebre malum.*

(4) Denys, IV, 9.

première sécession du peuple sur le mont Sacré (1) fut occasionnée par le refus du Sénat de faire droit à ses réclamations sur la même question ; tandis que les troubles qui se produisirent sous le tribunat de C. Licinius et de L. Sextius, et qui aboutirent aux lois Liciniennes, furent amenés par l'exagération du taux des intérêts (2).

La distinction de ces deux questions parallèles ressort encore plus clairement de ce fait, qu'elles furent l'objet de mesures complètement séparées, destinées à donner aux plébéiens une satisfaction relative.

C'est ainsi qu'en l'an 261 U. C., le consul Servilius, pour obtenir le concours de la plèbe dans la guerre contre les Volsques, déclara que les *nexi* qui s'enrôleraient se verraient soustraits, pendant la durée de la guerre, aux conséquences de leurs engagements (3); mais rien ne fut alors tenté contre l'usure. Enfin la loi *Pætilia* (4), abolitive du *nexum*, fut également spéciale à cette question du *nexum*, et pour cause : la stipulation d'intérêts était déjà prohibée par la loi *Genutia*.

Réciproquement, la loi des XII Tables avait déjà établi comme maximum du taux de l'intérêt l'*uncia-*

(1) Tite-Live, II. 23. — Denys, V, 64, 68.

(2) Tite-Live, VI, 34 seqq.

(3) Tite-Live, II, 24. — Denys, VI. 29.

(4) An 429 U. C. Tite-Live, VIII, 28; Cic., *de Rep.* II, 34.

rium fenus (1), mais sans toucher au *nexum*. La loi *Duilia* et la troisième loi *Licinia* furent, elles aussi, exclusivement relatives à la question de l'usure : la première rappela les patriciens à l'observation de la loi des XII Tables; la seconde décida qu'on retrancherait du capital les intérêts déjà payés, l'excédent seul restant exigible, en trois annuités (2). Il en fut de même de la loi *Genutia*, qui trancha radicalement cette question, en prohibant d'une manière absolue le prêt à intérêts (3).

62. — Cette distinction s'impose encore à un autre point de vue : les textes nous montrent, d'une part, les débiteurs tenus, les uns en vertu d'un contrat (4), les autres en vertu d'un jugement; d'autre

(1) Tab. VII, fr. 17. Tacite, *Ann.* VI, 16. De grandes controverses se sont élevées sur le taux auquel correspond cette expression. Nous pensons que les termes *unciarium fenus* signifient : intérêt annuel d'une once par as, ce qui fait 1/12, ou un peu plus de 8 1/4 0/0. La *centesima usura* aurait été antérieure ; en effet elle était probablement de 1/100 par mois, ainsi que son nom l'indique, et ainsi que porte à le croire l'habitude qu'avaient les Romains de payer les intérêts mensuellement. Le taux annuel aurait donc atteint 12 0/0; donc, l'*unciarium fenus* ayant été un adoucissement, au dire de Tite-Live (VIII, 19), la *centesima usura* lui est forcément antérieure.

(2) An 318 V. C.; Tite-Live, VI, 35.

(3) An 413 U. C.; Tite-Live, VII, 42.

(4) Denys, VI, 83. Trois classes de débiteurs furent distinguées par Ménénius Agrippa, dans les promesses qu'il fit au peuple :

1° Les débiteurs pour lesquels l'exigibilité n'est pas encore arrivée : s'ils sont insolvables, il leur sera fait remise de leurs dettes ; 2° *Ceux qui*, l'échéance étant arrivée sans paiement, *ont été saisis et sont détenus par leurs créanciers :* ils seront libérés ; 3° Les *judicati, damnati :* leur condamnation sera tenue pour non avenue.

V. Augustin. *De Civit. Dei*, II. — Tite-Live, II, 23, 29.

part, les emprunteurs, tantôt emmenés par le créancier, sans l'intervention du Préteur, par une sorte d'exécution privée qui s'étend également à leur famille et à leurs biens (1), tantôt livrés au créancier seulement après un *judicatum* et une *addictio* (2).

Comment accorder ces textes contradictoires, si l'on ne veut voir qu'une seule classe de débiteurs? Et comme ils se concilient facilement, au contraire, si l'on consent à reconnaitre que l'emprunteur était sujet passif de deux dettes distinctes et dans leur naissance et dans leur exécution : le dette du capital, contractée *ex nexo*, garantie, comme nous nous efforcerons de le démontrer, par les rigueurs de l'exécution privée; la dette des intérêts, née *ex stipulatu*, et susceptible d'exécution sur la personne seulement après que le créancier a obtenu jugement et *addictio!*

63. — Enfin, et ceci nous semble décisif, les textes précisent avec soin, comme nous aurons l'occasion de l'indiquer, si c'est pour la dette du capital ou pour celle des intérêts que le débiteur est exécuté; et on peut faire cette double remarque, que, dans le premier cas, il s'agit toujours d'un *nexus*, et les termes du récit sont toujours favorables à une exécution privée, — tandis que, dans le second cas, le débiteur est qualifié *judicatus* ou *addictus*, ce qui

(1) Denys : IV, 9, 11. — V. 53, 64, 68, 69.— VI. 23, 29, 37, 41, 45, 59.— Tite-Live II, 23, 24. — VII, 19. — VIII, 28.

(2) Denys, V. 69. — Tite-Live, VI, 14, 15, 20, 27, 34, 36.

prouve que l'on est en présence d'une exécution judiciaire.

64. — Considérant dorénavant cette distinction des deux dettes, dette du capital, *ex nexo*, dette des intérêts, *ex stipulatu*, comme définitivement établie, nous pouvons maintenant passer à l'étude des conséquences qu'il convient d'en déduire.

§ II

EFFETS DU NEXUM

65. — Ce paragraphe comporte l'étude de l'exécution du *nexum* et de la condition du *nexus*, c'est-à-dire de l'emprunteur en tant qu'il est engagé *per æs et libram*, en tant qu'il doit le capital.

Dans l'Appendice nous indiquerons d'une manière générale la situation de l'*addictus*, et cela à un double titre.

D'abord, pour compléter notre exposé par une analyse de la condition de l'emprunteur considéré comme débiteur des intérêts, en vertu d'une stipulation : la comparaison de cette situation et de celle du *nexus* peut fournir d'utiles rapprochements.

Puis, cette étude était nécessaire à titre de conclusion : lorsque le *nexum* fut aboli, en effet, le *nexus* rentra sous l'empire du droit commun, et devint passible de l'*addictio* ; il est donc intéressant pour nous de montrer brièvement la nouvelle situation qui lui était faite par la loi *Pætilia*, et la révolution opérée par cette loi, révolution si importante que

Tite-Live n'a pas craint de la qualifier: *velut aliud initium libertatis* (1).

66. — Les effets du *nexum* se détermineraient, en théorie, facilement et avec précision, dans les deux systèmes de la selbstmancipation et du *nexum operarum*; mais nous avons prouvé en temps utile que le *nexum* ne comprend ni mancipation du débiteur (nos 38, seqq.), ni mancipation ou louage de ses *operæ* (nos 48, seqq.).

De plus, les effets théoriques du *nexum*, dans ces systèmes, diffèrent de ceux que nous trouvons indiqués dans les textes: ainsi, nulle part nous ne voyons le *nexus* susceptible de former l'objet d'une cession, résultat pourtant forcé de la théorie de la selbstmancipation, et nulle part le créancier ne nous apparaît réduit au simple droit personnel auquel le restiendrait le *nexum operarum*.

67. — Est-ce à dire que le *nexum* fût un contrat ordinaire, et que le *nexus* fût soumis au droit commun, c'est-à-dire au *judicatum* suivi d'un *manus injectio* et d'une *addictio*?

Il est impossible de le soutenir: il faut bien admettre que le débiteur *ex nexo* n'était pas traité comme tout autre débiteur et que sa situation était particulièrement rigoureuse: en effet, les doléances de la plèbe portaient uniquement sur une réforme du *nexum*, tandis que l'exécution judiciaire ordinaire n'était, — la question de l'usure mise de côté, —

(1) *Décad.* VIII. 28.

l'objet d'aucune réclamation de cette nature, et les mouvements populaires occasionnés par l'exécution des débiteurs cessèrent du jour de la loi *Pætilia*, alors pourtant que la *manus injectio* (1) continuait de s'exercer et que l'*addictio* subsistait de nombreux siècles encore (2).

68. — Il est donc certain que le *nexum* renfermait un élément excentrique qui donnait à ses effets une puissance, et à son exécution une dureté particulières.

Cet élément, ces effets, quels pouvaient-ils être?

Deux systèmes ont été proposés pour l'expliquer.

69. — I. Toujours dans l'ordre de l'exécution judiciaire, le caractère original dn *nexum* ne consistait-il pas, comme le prétend Huschke, (n° 34) en ce que le créancier aurait pu obtenir l'*addictio* sans *judicatum* préalable?

Non, car nous trouvons hors du *nexum* des exemples de cette faculté pour le créancier: la *manus injectio pura* (3) n'était pas autre chose; or elle ne fit

(1) Sur la survivance des *Legis actiones*, et, en particulier, de la *manus injectio* à la loi Æbutia, V. *Wlassak, Röm. Processgesetze*, I. Leipzig, 1888.

(2) Aulu-Gelle (*Noct. Att.* XX. 1), près de six cents ans après la loi *Pætilia*, nous apprend qu'elle se pratiquait encore couramment de son temps, avec toutes ses rigueurs: ADDICI *namque nunc et* VINCIRI *multos videmus.*

(3) Nous ne citons pas la *manus injectio pro judicato*, qui présentait le même caractère, mais qui fut fondue dans la *manus injectio pura* par une loi *Vallia*, antérieure de quelques années à l'abolition du *nexum*.

jamais l'objet des réclamations du peuple, et elle subsista après la loi *Pætilia*.

Si cette possibilité d'une *addictio* directe eût été la particularité du *nexum* qui rendait cette institution si odieuse au peuple, et dont elle poursuivit avec tant d'efforts et accueillit avec tant de joie l'abolition, comment se fait-il que cette même *addictio* directe lui fût restée indifférente dans la *manus injectio pura*, augmentée de tous les cas de *manus injectio pro judicato*.

D'ailleurs, — et cette simple remarque suffit pour renverser les systèmes dans lesquels on soumettrait le *nexus* à l'*addictio*, avec ou sans *judicatum*, — nous pouvons établir, à l'aide de textes très précis, que le *nexum* n'aboutissait pas à une *addictio*.

En voici une double preuve :

1° On sait qu'en droit romain, les jugements par défaut étaient chose inconnue.

A l'origine, le demandeur n'avait d'autre ressource que d'amener de force, *obtorto collo*, le défendeur en justice. Plus tard, à une époque postérieure à celle dont nous allons parler, l'*indefensio* donna lieu seulement à une *in possessionem missio* prononcée par le Prêteur : cette *missio* était suivie, dans des cas déterminés, de la *venditio bonorum*.

Or le consul Servilius, dans son édit rempli de promesses destinées à entraîner le peuple contre les Volsques, ordonne :

« *Ne quis militis, donec in castris esset, bona pos-*

sideret aut VENDERET; LIBEROS *nepotesque ejus* MORARETUR (1) ».

« *Nemini licere, civium romanorum qui ad bellum contra Volscos profisceretur aut* DOMOS *retinere, aut* VENDERE, *aut oppignerare, aut eorum* FAMILIAM *ex ullo contractu in nervum abducere,* » (2)

Servilius, pour faciliter l'enrôlement des *nexi* (3) en les rassurant sur le sort de leur famille et de leurs biens pendant qu'ils seront à la guerre, suspend toute mesure d'exécution contre eux pendant ce temps.

C'est donc que, de droit commun, le créancier d'un *nexus* eût pu saisir contre lui alors même qu'il était à l'armée.

C'est dire qu'il pouvait exécuter sans *addictio* et sans mesure équivalente :

Sans *addictio*, puique l'*addictio*, forcément précédée d'une *manus injectio* judiciaire, nécessite la présence du débiteur *in jure*, condition ici irréalisée ;

Sans mesure équivalente : car cette mesure, on ne pourrait la trouver que dans la *missio in possessionem* et la *bonorum venditio* que le Préteur pouvait prononcer contre les *indefensi* : or il ne peut s'agir ici d'une *in possessionem missio* pour un triple motif : d'abord, cette mesure est très postérieure aux événements qui nous occupent ; puis, et même en nous

(1) Tite-Live, II, 24.

(2) Denys, Edit. et traduct. Reiske, VI, 29.

(3) Il s'agit de *nexi* dans l'espèce : Denys, *loc. cit* : « *Simul exprivatis ædibus* NEXI *proripiunt* ». Tite-Live, *loc. cit* : « *hoc proposito edicto,* NEXI *profiteri nomina.* »

supposant sous la procédure formulaire, la *missio* ne se fût pas étendue à la famille, et le créancier n'eût pu emprisonner les descendants du *nexus*; enfin, la vente elle-même des biens eût été impossible et l'*in possessionem missio* n'eût pu être prononcée qu'à titre conservatoire, le défendeur étant absent *reipublicæ causa* (1).

2° Les textes précédents, comme beaucoup d'autres, du reste (2), nous montrent les biens du *nexus* susceptibles d'être saisis par le prêteur: en présence de ces textes, il est impossible d'admettre la théorie de Huschke, que nous examinons et d'après laquelle le *nexus* serait assimilé au *judicatus*: en effet, à la différence de ce qui arrive pour le *nexus*, les biens du *judicatus* sont soustraits à l'action directe des créanciers (3).

Il est donc inadmissible que le *nexus* ait été soumis à l'exécution *judiciaire*, si abrégée qu'on la suppose.

70. — II. Passant à l'idée d'une exécution conventionnellement réglée, et généralisant l'opinion de Walter, dira-t-on que c'est l'insertion d'une clause spéciale qui donnait au créancier, dans le *nexum*, les pouvoirs exorbitants qu'on ne peut lui contester? Mais le vague de sa formule ne peut sauver cette théorie.

En effet, d'abord il est présumable que, si la dureté

(1) Accarias. II, 755.

(2) Notamment. Denys, VI, 37; Cic. *de Haruspit. resp.*, c. 5.

(3) Loi des XII Tables, tab. III, fr. 5: *si volet, suo vivito.* L. 23, *pr.* D. *ex quib. causis*, (Ulpien) le *judicatus* enchaîné peut continuer une usucapion, rendre nécessaire une *in integrum restitutio* parce qu'il n'a pu être poursuivi en justice.

du *nexum* eût tenu à une convention, les débiteurs, même pressés par le besoin, n'auraient pas consenti à l'insertion d'une clause aussi directement menaçante, et n'eussent pas eu à en réclamer l'abolition *par le moyen d'une loi !*

Puis, quel droit une pareille clause aurait-elle bien pu conférer au créancier ?

Un droit réel? — Mais un droit réel, à cette époque, au moins, ne se crée pas par convention. Ce serait donc retomber dans le système de la *selbstmancipation*.

Un droit personnel ? Pas davantage, nous l'avons prouvé (n^os^ 38 et 48, seqq.).

Pour ces espèces de droits, cette théorie tombe donc à la fois sous le coup des objections que nous avons faites au système de la mancipation et à celui du *nexum operarum*.

Le clause aurait-elle eu, enfin, pour objet, — nous ne croyons pas qu'on puisse lui en trouver d'autre, — la dispense, pour le créancier, des formalités de l'exécution normale, ainsi que le prétend Walter (n° 35) ?

Mais ce système souffre deux objections péremptoires : d'abord, du moment où la justice privée aurait été proscrite par le législateur, qui l'aurait remplacée par des voies plus régulières, il est difficile de supposer que les parties aient pu, par convention, s'affranchir de ces dernières pour revenir contractuellement à l'exécution privée ; puis, cette théorie conduirait à une singulière inconséquence : Si le débiteur se refusait à exécuter la convention et à se soumettre au

créancier, il faudrait, pour l'y contraindre, un *judicatum* et une *addictio*. Le débiteur pourrait donc, par sa seule volonté, rentrer dans le droit commun de l'exécution judiciaire : Comment expliquer alors que le *nexum* fût regardé comme exceptionnellement odieux ?

71. — Mancipation, louage d'ouvrage, clause d'exécution spéciale, application du droit commun, avec ou sans dispense de *judicatum*, rien de tout cela ne peut donc expliquer la mystérieuse particularité du *nexum* qui le rendait si rigoureux, si impopulaire.

72. — Une seule explication reste possible ; tous les textes la suggèrent, et nous verrons bientôt que tout doit concourir à en déterminer l'adoption : c'est la survivance de plein droit dans le *nexum*, de l'exécution privée, qui, à une époque plus reculée, était la règle générale.

L'exactitude de l'explication que nous proposons ressortira complètement, croyons-nous, de l'établissement des deux points suivants :

1° L'exécution privée a existé à Rome.

2° Elle a existé spécialement et s'est perpétuée dans le *nexum*.

PREMIÈRE PROPOSITION : *L'Exécution privée a existé à Rome*

73. — Nous en trouvons la preuve dans un triple ordre d'idées :

I. Il devait en être et il en a été de même, à l'ori-

gine, chez tous les peuples, et spécialement chez les peuples de race aryenne.

II. Des institutions connues nous révèlent, à Rome, l'existence d'une ancienne exécution privée, dont elles sont la trace.

III. Un certain nombre de textes sont inexplicables autrement.

74. — I. Cette preuve, pour être toute morale, n'en a pas moins une grande force. Elle est basée sur ce principe rationnel, maintes fois vérifié par l'expérience, que l'esprit humain est partout identique, et que la civilisation a dû partout suivre les mêmes étapes ; sauf les différences que des circonstances tout extérieures (1) ont pu créer, et qu'on peut facilement expliquer ainsi. Ces différences sont du reste, d'autant moins sensibles que les peuples observés appartiennent à la même race : c'est pourquoi la législation des nations de souche aryenne offriront pour notre étude le plus d'intérêt.

Or, partout ou presque partout (2), nous constatons, à une époque donnée, l'exercice de la justice privée ; peu importe que l'on se trouve en présence d'un crime ou délit, ou de la violation d'un contrat, car, d'une part, la violation d'un contrat, dans ces

(1) Climat, nature du sol (forêts, pacages, terres arables), position du pays (maritime, intérieur, relations du voisinage, etc.)

(2) Sur cette question, nous nous bornerons aux faits les plus saillants, renvoyant, d'une manière générale, aux ouvrage et article de MM. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, et Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives*, Nouvelle revue historique du droit français et étranger, 1889, p. 153, seqq.

civilisations primitives, est assimilée à une injure (1) et se punit de même ; d'autre part, il ne peut y avoir, à cette époque reculée, d'intervention judiciaire pour l'exécution des conventions plus que pour la répression des délits. La base de la justice privée est, en effet, l'absence d'un supérieur commun assez puissant pour imposer sa médiation et faire respecter ses décisions : de là, les guerres privées du moyen-âge ; de là, dans tous les temps, la guerre, et à notre époque, le duel, basé sur ce que l'honneur est au-dessus de toute autorité.

Etant donné ce point de départ, la justice privée a dû exister, à l'origine, chez toutes les nations. L'usage en subsistait encore chez la plupart au commencement de l'époque historique, par suite de cet attachement que les peuples, surtout les peuples primitifs, conservent même pour les institutions dont l'insuffisance leur est démontrée, attachement fait à la fois d'habitude et de crainte de l'inconnu. C'est ainsi qu'ont put parvenir jusqu'à nous des exemples historiques de cette pratique, dont nous allons signaler seulement les principaux, en nous plaçant surtout au point de vue de la poursuite des dettes.

75. — Chez les Hindous, en matière contractuelle, les voies d'exécution sont (2) :

..... 2° L'usage général, c'est-à-dire la réduction du débiteur en servitude avec travail forcé jus-

(1) Dareste, p. 79. — Declareuil, p. 164.
(2) *Lois de Manou*, d'après la trad. de Jolly. liv. I, sl., 49 et 50.

qu'à parfait paiement;..... en quatrième lieu, le jeûne (1); enfin, quand le créancier *se saisit du débiteur* et *le force* à s'exécuter en l'accablant de menaces et de coups. — Quand le créancier se fait ainsi payer son dû, le roi *n'a pas le droit* d'intervenir.

Il suffit, pour que cette exécution soit possible, à l'époque de Manou, que la dette soit certaine ; c'est un point à retenir.

76. — Chez les Egyptiens, à l'origine, l'exécution privée, la contrainte par corps existait aussi : elle fut abolie par le roi Bocchoris (2).

77. — On voit également apparaître cette pratique dans les actes grecs (3). Montesquieu (4) a même pu faire remarquer la bizarrerie de cette législation, qui permettait aux créanciers de prendre comme gage le corps de leur débiteur et leur défendait de saisir sa charrue et ses armes. Solon défendit enfin au prêteur de s'emparer du débiteur pour se payer sur le prix de sa personne ou de ses services (5).

Il n'est pas hors de propos de remarquer qu'à

(1) On s'est appuyé sur l'existence de la procédure du jeûne, qui se retrouve aussi en droit brehon, pour soutenir qu'à l'origine il y avait défaut absolu de voies d'exécution : c'est faux en raison, car la colère conseille toujours à l'homme offensé la vengeance ; c'est faux en fait, puisqu'on trouve, en droit hindou, comme en droit perse et en droit brehon, à côté de la procédure du jeûne, plusieurs autres voies d'exécution. Ce qu'il est vrai de dire, c'est que l'homme dépouillé de force et de richesse ne trouvait pas toujours dans l'association le pouvoir suffisant pour châtier un adversaire puissant.

(2) Diodore de Sicile. II, 79.

(3) Dareste, p. 14.

(4) *Esprit des Lois*, IV, 20, 15. V. aussi IV, 22, 22.

(5) Plutarque, *Vie de Solon*, ch. 15.

Athènes, comme à Rome, la question des dettes avait pris un caractère de haute gravité, et s'y posait sensiblement dans les mêmes termes.

78. — Chez les Hébreux, nous trouvons, entre autres exemples de justice privée, les deux suivants :

En matière pénale, la vengeance des fils de Jacob sur Æveus, qui avait violé leur sœur Dina (1) : ils le tuèrent avec tous les mâles de sa tribu. C'est là un exemple de la solidarité qui unissait tous les membres d'un même groupe, aussi bien, nous le montrerons, en matière de conventions qu'en matière délictuelle.

Moïse défendit la répression privée des crimes et délits ordinaires, mais l'exécution privée subsista pour les contrats, ainsi que nous apprend le second exemple (2) :

« Voici que le créancier est venu prendre mes deux fils pour en faire ses esclaves. » Voir un autre exemple d'exécution privée d'un contrat dans l'*Evangile selon St-Mathieu*, XVIII, 23.

79. — Même spectacle dans le droit perse (3), chez les Ossètes, peuplade du Caucase, même de nos jours (4), dans l'ancien droit de Hongrie (5), dans le droit brehon (6), dans l'antique loi norwégienne (7) dont la

(1) Genèse, XXXV, 25.
(2) II, Rois, IV.
(3) Hérodote, I, 138 ; Sumner Maine. *L'ancien droit*. p. 369, seqq.
(4) Kovalewski. *Coutumes contemporaines et lois primitives*, Moscou, 1886.
(5) Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 276.
(6) Senchus Môr, liv. I et II.
(7) Loi de Gulating. C. LXXI.

disposition est assez curieuse, en Gaule (1) enfin, chez les peuples de race germanique (2).

On le retrouve encore dans la Gaule franque (3), où les parties peuvent, à leur gré, poursuivre de force l'exécution, composer, ou se soumettre à un arbitre : le jugement de Dieu, le duel judiciaire n'a pas d'autre but, et le vaincu tombe au pouvoir du vainqueur.

80. — L'exécution privée se developpe encore à l'époque féodale, pour ceux qui sont en état de se faire justice à eux-mêmes sans encourir la vindicte d'un supérieur ; pour les autres il faudra l'assentiment de la justice, de la « cort » (4), moyennant quoi le débiteur est mis à la disposition du créancier, qui pourra même requérir la force armée.

Elle cesse enfin avec le développement de la puissance royale, qui substitue son autorité à l'action des particuliers : dorénavant, nul ne pourra se faire justice à soi-même.

A signaler, toutefois, une exception conservée par les mœurs, plus puissantes que toutes les prohibitions : le duel.

81. — De tout ce qui précède il résulte que partout la justice privée a eu son heure, et qu'elle s'est maintenue avec une force de résistance considérable

(1) Strabon. IV, 4.

(2) Tacite. *De mor. German.* 12, 21. Vellejus Paterculus, II, 118, Pomponn-Mela, III. Loi salique, loi bavaroise, II, 1, § 3 à 5. Loi Saxonne, II, 5.

(3) Grégoire de Tours, VII, 47, X, 8.

(4) Capitulaire de 803, c. 8. — Court des Bourgeois de Jérusalem, édit. Bugnet, XXXIX-LVIII

dans des civilisations avancées, toutes les fois qu'elle a rencontré l'une de ces deux conditions essentiellement favorables à son développement : la faiblesse du pouvoir central, ou la puissance, l'indépendance des individus : répondant à deux mobiles très énergiques du cœur humain, l'amour de la vengeance et l'intérêt, elle s'exercera toujours dès qu'elle en pourra trouver le moyen, dès qu'une main *plus forte* ne sera pas là pour imposer les réglementations que nécessite l'ordre public.

82. — En présence de ces constatations, n'est-il pas raisonnable de penser que la justice privée a dû tenir à Rome, et pendant longtemps, une place considérable ? Le caractère national des Romains et leur constitution politique, qui en conservait l'empreinte, ne permettent pas de penser qu'il en ait été chez eux autrement que partout ailleurs.

Nous sommes même autorisés à croire que la justice privée a dû persister chez eux avec une ténacité particulière : le Romain était vindicatif, intéressé ; naturellement violent, il ne devait pas supporter facilement qu'une entrave fût apportée à l'exercice de sa vengeance ou à la poursuite de ses droits ; enfin, le *paterfamilias* jouissait à Rome d'une grande indépendance, d'une sorte d'autonomie, très favorable à l'emploi de la force au service des droits que l'individu possédait ou croyait avoir. Nous arriverons ainsi facilement à cette conclusion, que les créanciers, généralement patriciens et qui disposaient ainsi à la fois de la force et de la loi, devaient avoir à leur ab-

solue discrétion les débiteurs, simples plébéiens, incapables de résister, dans ces conditions, à leurs puissants adversaires.

Le second ordre d'arguments que nous avons annoncé confirmera pleinement cette manière de voir.

83. — II. Des institutions connues nous révèlent, à Rome l'existence d'une ancienne exécution privée, dont elles sont une trace.

84. — Nous citerons tout d'abord un double cas de justice privée élémentaire, autorisé par la loi des XII Tables :

« Si nox furtum factum est, si im occisit, jure cæsus esto (1). Ce n'est pas là le droit, reconnu par les législateurs de tous les peuples et de toutes les époques, le pur droit de légitime défense : le voleur nocturne peut être mis à mort *dans tous les cas*, alors même qu'il ne menacerait aucunement la vie du volé : le droit de légitime défense n'apparaît réellement et sans mélange que dans la disposition suivante du même fragment : « Si luci, *NISI SE TELO DEFENDIT*, ne occidito. »

De même le droit, pour le volé, de s'emparer du voleur et de le garder comme esclave sur une simple *addictio*.

85. — En second lieu, deux autres dispositions de la loi des XII Tables présentent une similitude complète avec les formes de la justice privée, à l'époque correspondante, chez les autres peuples, notamment

(1) Tab. VII, fr. 1.

chez les Hébreux et dans la race germanique : le *talion* et la *composition :*

86. — Le *talion*, ce n'est déjà plus la vengeance s'exerçant sans contrôle, sans autres bornes que celles du ressentiment de l'offensé : c'est la vengeance déjà réglementée par la loi, qui commence à s'imposer, en limitant le châtiment au mal commis, mais qui, par cela même, reconnaît la légitimité de la justice qu'on se rend à soi-même dans cette mesure (1).

87. — La *composition* est un autre mode, plus perfectionné, par lequel la loi discipline l'exercice de la vengeance privée ; elle se présente sous un double aspect :

L'usage s'était introduit, d'après lequel le coupable apaisait l'offensé par ses présents (2). Mais ces présents pouvaient être offerts en pure perte ; alors l'usage se transforme : le coupable traite directement avec l'offensé, et obtient de lui l'abandon de sa vengeance moyennant une somme entre eux débattue, et qu'il ne débourse ainsi qu'à coup sûr.

La loi, s'appuyant sur cette coutume, n'impose pas d'abord d'une manière directe la composition ; mais elle déclare prendre sous sa protection celui qui a composé avec l'offensé, et le soustraire aux retours de colère de ce dernier ; elle assure ainsi simplement

(1) Table VII, fr. 14 : *Si membrum rupit, ni cum eo pacit,* TALIO ESTO ; c'est, presque dans les mêmes termes, la même idée que celle de la loi hébraïque : œil pour œil, dent pour dent.

(2) Les exemples en abondent dans l'antiquité : c'est ainsi qu'Homère nous montre, à maintes reprises, les héros grecs apaisant par leurs sacrifices les divinités irritées contre eux.

le respect d'une convention privée : c'est le premier effort d'un législateur encore peu sûr de son pouvoir (1).

Le second procédé de la loi, ultérieur au précédent, c'est d'imposer la compensation et d'en fixer elle-même le montant : c'est une hardiesse que les décemvirs ne se permirent encore que pour des délits de moindre gravité (2).

88. — L'antique procédure du *sacramentum* est, en matière civile, cette fois (3), un souvenir de l'ancienne justice privée.

(1) C'est ce procédé qu'emploie la loi des XII Tables pour le cas de rupture d'un membre : *Si membrum rupit,* NI CUM EO PACIT, *talio esto* : le talion ne peut donc plus s'exercer *qu'à défaut de composition.* De même, Table I, fr. 4 : *Bis de eadem re agere ne licito,* NEVE POST DECISIONEM FURTI. De même, Table III, fr. 6 : *Erat interea jus paciscendi.* NI ITA PACUNT, HABEBUNTUR IN VINCULIS. Table II, fr. 1 : *Reus,* UBI PACUNT, *orato.* NI PACUNT *in comitio aut in foro, ante meridiem causam coiciunto.* Dans ces textes, le mot *decisio* a le même sens que le mot *pactio,* et signifie *composition.*

(2) Table VII, fr. 3 : *Si adorat furto quod nec manifestum erit,* DUPLIONE DAMNUM DECIDITO. Fr. 15 : *Manu, fusti si os fregit homini libero,* CCC, *servo,* CL *pœnas sunto.* Fr. 16 : *Si injuriam altero faxit* XXV *pœnas sunto.*

(3) Les exemples précédents, pour être relatifs au droit de répression, n'en sont pas moins probants : nous répétons qu'à l'origine la distinction du civil et du criminel n'existait pas : toute infraction, même à un contrat, constituait un délit, et se punissait de même ; cela se comprend : le créancier est lésé dans ses intérêts, comme une blessure le lèserait dans son corps, une injure, dans son honneur. Nous pensons même que la justice privée a dû subsister pour les délits civils plus longtemps qu'en matière criminelle : l'excès y étant moins à craindre.

Cette idée expliquerait peut-être la réglementation minutieuse du droit pénal qui se remarque à l'origine de toutes les législations, et la pauvreté des documents relatifs au droit civil, à la même époque ; elle expliquerait également la naissance même de cette distinction du droit civil et du droit criminel.

M. Maynz, dans un passage devenu célèbre, fait des circonstances d'où est née cette procédure, une peinture saisissante, frappante de vérité (1).

« Deux guerriers, se disputant un prisonnier de guerre, en viennent aux mains *(manuum consertio)*. Le roi, attiré par l'altercation, leur ordonne, dans l'intérêt de la dicipline militaire, de lâcher l'objet de la contestation *(mittite ambo hominem)*, et s'informe des causes de la lutte. Chacun prétend que l'esclave lui appartient. Si l'on veut empêcher que le désordre ne se renouvelle, la question doit être vidée. L'un des rivaux fait appel à l'honneur de son adversaire en le provoquant à un pari : « Je gage L. as que l'esclave est à moi. » L'autre, à moins de se déshonorer, ne saurait refuser la provocation, il accepte la gageure. L'enjeu est déposé, et le roi, assisté des guerriers présents, est appelé à juger le pari. Mais, en jugeant le pari, on décide implicitement en même temps la question de propriété..... »

Sans cette intervention du roi, rendue nécessaire par l'intérêt de la discipline et possible par son pouvoir de général, les citoyens entre lesquels le conflit s'est élevé en seraient venus aux mains, et, s'ils avaient consenti à prendre un arbitre, ce n'eût plus été un juge s'imposant par voie d'autorité, mais un particulier par eux choisi, auquel ils eussent soumis volontairement leur contestation (2).

(1) *Cours de Droit Romain*, I, p. 58 et p. 491.

(2) Cicéron, *De Rep.* V. § 3 : après avoir exposé que les particu-

La *manus injectio* et la *pignoris capio* sont, elles aussi, les traces d'un état préexistant du droit, où le particulier se faisait justice à lui-même.

Nous ne parlons pas d'une *manus injectio* extra-judiciaire, qui reçoit ce nom, bien que n'étant pas une application de la *legis actio per manus injectionem* : celle où le *paterfamilias* reprend, sans qu'il soit besoin d'une intervention du magistrat, l'homme soumis à sa *potestas* : car c'est alors l'exercice de cette puissance plutôt qu'une exécution (1).

Mais toutes les autres peuvent être citées à l'appui de notre thèse :

D'abord une autre *manus injectio* improprement dite, celle qui a lieu dans l'*in jus vocatio*, lorsque, sur le refus du défendeur de le suivre *in jus*, le demandeur le saisit et l'y traîne de force : certes cette procédure doit aboutir à la comparution du défendeur récalcitrant devant le magistrat, mais le moyen reconnu par la loi n'en est pas moins l'emploi de la force au service d'un droit prétendu.

Quant à la *manus injectio* proprement dite, main-mise *in jure* du créancier sur le débiteur, elle n'est, comme le *sacramentum*, que la réglementation d'un

liers avaient *pris l'habitude de demander* la justice aux rois : *hic vero quisque privatus erat disceptator aut arbiter litis.* Cf. Tite. Live, I. 51. Il est à remarquer combien notre conclusion concorde avec ce fait bien connu que, jusque dans la procédure formulaire, le choix du juge était laissé à l'absolue discrétion des parties, pourvu qu'il s'exerçât sur un citoyen porté en l'*album* du Préteur.

(1) Une action devait toutefois être donnée contre la personne qui aurait exercé cette saisie en dehors de tout droit.

état préexistant : ici, d'une exécution autrefois laissée à la volonté du créancier. On sait même que la *manus injectio judicati* ne remonte qu'à la loi des XII Tables; la *manus injectio pro judicato* est au plus concomitante; enfin la *manus injectio pura*, qui constitue un progrès, est certainement postérieure; elle finit par absorber presque complétement la précédente.

90. — En ce qui concerne la *pignoris capio*, l'analogie qu'elle présente avec les détails connus du *nexum* est telle que nous réservons pour notre seconde proposition les arguments très précis qu'elle peut fournir, et qui dépassent la portée de notre démonstration actuelle : ils prouvent, en effet, non-seulement que l'exécution privée existait à Rome, mais qu'elle s'y est conservée avec son caractère primitif, dans une institution toute voisine du *nexum*.

91. — Enfin deux faits connus prouvent que la justice privée s'était maintenue à l'état de coutume générale jusqu'à l'époque classique, et qu'elle existait encore légalement sous Justinien dans une hypothèse déterminée.

Le premier de ces faits, c'est la loi *Julia, de vi*, rendue nécessaire par la violence avec laquelle les particuliers poursuivaient extrajudiciairement leurs droits : elle soumit à un *judicium publicum* ceux qui emploieraient la force pour recouvrer leur chose *ou pour se faire payer* : on voit que le *nexum*, aboli en droit, avait, en pratique, persisté.

Le second, c'est l'existence, au Code de Justinien, d'une constitution qui reconnaît au propriétaire le droit à la *prohibitio per manum*, c'est-à-dire le droit de s'opposer par la force à ce qu'un voisin construise sur son terrain.

92. — III. Nous avons avancé qu'en plus des institutions qui gardent à Rome la trace d'une exécution privée, des textes nombreux nous révèlent directement un pareil état de choses.

Mais comme ces textes se réfèrent tous au *nexum*, leur place est dans la seconde proposition dont ils formeront la meilleure démonstration.

Nous excepterons toutefois le texte suivant qui doit être cité ici même, à raison de sa généralité : « *Et quidem initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit* (1). » Il en ressort qu'à l'origine, toutes les contestations et toutes les voies d'exécution, en l'absence de loi et de pouvoir judiciaire, étaient laissées à l'entier arbitraire des parties, et abandonnées aux seules inspirations de la colère et de l'intérêt, sous le contrôle assez inefficace de la seule loi morale.

La conclusion certaine qui se dégage de l'ensemble des faits que nous venons de signaler, c'est qu'à Rome la justice privée se maintient longtemps comme le seul mode d'exécution, et que le contrôle judiciaire ne s'y subsistua que peu à peu, et à une époque assez avancée.

(1) L. 2, § 1, D. de *origine juris*, I, 2. (Pomponius).

DEUXIÈME PROPOSITION : *L'exécution privée existait spécialement dans le* NEXUM

92. — La démonstration de cette proposition est maintenant presque superflue : le *nexum* est, en effet, une forme presque aussi ancienne que Rome même, il est certainement très antérieur à la loi des XII Tables. On peut donc considérer comme hors de doute que les obligations *ex nexo* étaient soumises anciennement à l'exécution privée comme toutes les obligations de cette époque. Que ce pouvoir excessif du créancier se soit maintenu sans altération, c'est ce que rendent peu contestable les réclamations du peuple, réclamations qui n'eurent une égale violence à l'égard d'aucune autre institution ; de plus, le pouvoir appartenant aux patriciens, c'est-à-dire en fait aux créanciers, il ne leur fut pas difficile de maintenir un état de choses qui leur était si profitable.

Néanmoins, nous voulons présenter encore, de ce caractère du *nexum*, une double preuve complémentaire, preuve de sa conformité aux principes, — preuve de sa conformité aux textes.

93. — I. Si nous examinons le terrain déjà parcouru, nous voyons que nous avons éliminé toute explication du *nexum* autre que celle de la justice privée.

Nous avons constaté (n° 38 seqq.) que le *nexum* ne renfermait pas une mancipation du débiteur ; la mainmise du créancier sur sa personne et sur ses biens n'est donc pas une application de cette *manus injectio* extra judiciaire, improprement dite, dont

nous avons déjà parlé (n° 89) et que tout *paterfamilias* a le droit d'exercer sur les personnes soumises à sa puissance, notamment, à son *mancipium*, sans intervention judiciaire, de par le seul droit que lui confère cette puissance.

Nous avons montré (n° 40 seqq.) que la conception du *nexum operarium* était erronée ; de plus, elle ramènerait l'exécution à celle d'une dette ordinaire, avec *judicatum* et *addictio*.

Nous avons prouvé, enfin (n° 67) que le *nexum* ne comportait pas la procédure ordinaire d'exécution, *judicatum* ni *addictio*, et que cette dispense ne saurait être l'effet d'une clause spéciale.

Or, ce sont là, croyons-nous, tous les modes d'exécution qui pourraient être attribués au *nexum* en dehors de l'exécution privée : et, en effet, il n'en a pas été proposé d'autres, à notre connaissance, du moins.

Il faut donc bien admettre que l'exécution privée est la véritable solution de ce problème.

94. — Pour que cette démonstration négative soit complète, il nous faut montrer qu'aucune objection sérieuse ne peut lui être opposée, et que ce système *peut* être le vrai ; car s'il devait comme les précédents, prêter à de graves critiques sans que ces critiques trouvassent de réponse, c'est qu'il faudrait chercher ailleurs, dans une direction que nous ne soupçonnons même pas, étant donnés nos moyens d'information et d'investigation, l'explication de cette énigme.

95. — Toutes les objections de principe qu'on peut nous adresser —, pour les textes, nous établirons plus loin qu'ils sont tous favorables à nos conclusions, — toutes les objections de principe, disons-nous, peuvent se réduire à la suivante :

Même pour les dettes d'argent, liquides ou certaines (1), qu'elles résultassent d'un *judicatum* ou d'une cause autorisant la *manus injectio* directe, l'exécution nécessitait certaines formalités où l'intervention de la justice garantissait les faibles contre l'arbitraire des puissants : la *manus injectio*, qu'elle fût la suite d'un *judicatum* ou qu'elle eût lieu directement *(manus injectiones pura* et *pro judicato)*, s'exerçait devant le magistrat, qui vérifiait les titres de celui qui prétendait l'opérer. L'*addictio* avait également lieu sur un décret du Préteur. Il n'était pas jusqu'à la *manus injectio* improprement dite qui a lieu dans l'*in jus vocatio* qui, malgré son caractère extra-judiciaire, n'offrît une garantie de la même nature, puisqu'elle conduisait immédiatement les parties *in jus*.

Or, puisque partout nous voyons la justice contrôler l'exercice des voies d'exécution, comment serions-nous fondé à admettre, dans le *nexum*, une

(1) Sous la procédure formulaire,il n'y eut pas de dettes exécutoires qui n'eussent pour objet un somme d'argent certaine ou liquide : ainsi le voulait le principe que toute condamnation doit être pécuniaire. Une théorie nouvellement émise et qui est loin d'être établie tendrait à faire remonter à l'époque des *legis actiones* le principe lui-même, et, par suite à faire décider que, déjà, il n'y avait de dettes susceptibles d'exécution, que des dettes d'argent liquides et incontestables.

dérogation aussi importante? Pourquoi dans le *nexum* cette exécution, privilégiée pour le créancier, exceptionnellement dépourvue de garanties pour le débiteur, alors que des formalités restrictives pour l'un, protectrices pour l'autre, entourent même l'exécution, favorable pourtant au plus haut degré, qui a lieu en vertu d'un *judicatum*, d'une décision, d'un ordre de justice?

L'objection serait, en effet, très forte, si nous entendions créer pour le *nexum* une exécution spéciale, que l'on ne retrouverait nulle part ailleurs. Mais cette exécution purement privée, sa sanction, d'après nous, existait à Rome : nous avons montré qu'elle s'y pratiquait à l'origine, à l'exclusion de toute autre, et qu'elle s'y maintint longtemps dans certains cas, surtout en maière civile : pourquoi n'aurait-elle pas subsisté dans le *nexum*, la forme d'obligation peut-être la plus ancienne de Rome, dans le *nexum*, qu'elle dut certainement sanctionner à l'origine? Et, en effet ce raisonnement se trouve recevoir une très grande force de la constatation de ce qui se produit dans la *pignoris capio* : cette institution dont nous avons déjà signalé et dont le temps est venu démontrer la complète analogie avec le *nexum*, la justice purement privée s'y exerçait dans toute sa rigueur.

96. — Le *pignoris capio* se pratiquait *extra jus*, même en un jour néfaste et en l'absence de l'adversaire; et ce caractère extrajudiciaire avait même fait douter bien des auteurs qu'elle fût une *legis*

actio : sa seule ressemblance avec les *legis actiones* c'étaient des paroles solennelles (1). Voilà, certes, bien des analogies dans son exécution, avec celle du *nexum* telle que nous la concevons, telle que nous la montrent des textes déjà commentés de Denys et de Tite-Live (n° 69) : absence de contrôle judiciaire, exécution privée, possible même auxjours néfastes où l'on ne pouvait accomplir un acte judiciaire, et même en l'absence du débiteur, rien n'y manque.

Une seule différence, tout apparente, semble seule distinguer la *pignoris capio* de l'exécution *ex nexo* : la présence certaine, dans la première, de paroles solennelles que les auteurs ne nous signalent pas dans la seconde; mais, alors même qu'elle eût existé, ce qui, nous le verrons, est inexact, l'absence de cette formalité n'était-elle pas suppléée, dans le *nexum* au point de vue de la possibilité d'une exécution privée, par d'autres particularités, telles que la présence et l'*antestatio* du *libripens* et des *classici testes* ? Certes, nous ne trouvons pas, dans les textes précités, trace d'une pareille formalité : mais il faut ne pas perdre de vue que les historiens, les seuls qui nous aient transmis quelques détails sur l'exécution du *nexum*, ne s'occupent que des *effets* de cette exécution, et non de ses formes : leur seul but étant, comme nous l'avons déjà indiqué, d'expliquer par la rigueur de ces effets les séditions populaires

(1) Gajus, C. IV, 29.

que le *nexum* occasionna, et qui tiennent une si grande place dans l'histoire de la Cité.

Et notre conjecture se fortifie grâce à une triple remarque :

D'abord les auteurs latins, les poëtes surtout, et au premier rang, Virgile, si imbu des souvenirs de l'antiquité romaine, nous montrent les guerriers prenant solennellement à témoin les dieux de la violation des traités, avant d'en tirer vengeance (1).

En second lieu, nous pouvons tirer un argument d'analogie puissant de ce fait que, dans l'espèce de *manus injectio* extra-judiciaire par laquelle le demandeur entraîne *in jus*, *obtorto collo*, le défendeur récalcitrant, le demandeur ne peut exercer légalement cet acte qu'en prenant à témoin certaines personnes, qu'il interpelle en ces termes : « *Licet antestari?* (2) ».

Enfin, et l'argument, ici, devient absolument topique : la loi des XII Tables contient les deux dispositions suivantes :

« QUI SE SIERIT TESTARIER LIBRIPENSVE FUERIT, NI *TESTIMONIUM* FARIATUR, IMPROBUS INTESTABILISQUE ESTO (3). »

« CUI *TESTIMONIUM* DEFUERIT, IN TERTIIS DIEBUS OB PORTUM OBVAGULATUM ITO ; POST DEINDE DE DOMO SUA IN JUS VOCATOR (4). »

(1) Notamment *Eneide*, XII, v. 197, seqq.
(2) Accarias, *Précis de droit civil*, II, p. 850, texte et note 4, et les sources qu'il y cite.
(3) Tab. II, fr, 4.
(4) Tab. I. fr. 2.

Dispositions qui s'éclairent mutuellement entre elles et par relation avec l'*antestatio* signalée ci-dessus dans l'*in jus vocatio.*

Dans le second de ces fragments, le mot *testimonium* a indubitablement la portée d'une *antestatio* : outre l'identité des deux mots au point de vue étymologique, cela ressort du contenu même du texte ; le demandeur ne peut faire l'*in jus vocatio*, parce que, pour accomplir le *testimonium* il lui faudrait violer le domicile du défendeur (5). Or, en quoi consiste l'*in jus vocatio* qu'il ne peut accomplir, et que la loi des XII Tables qualifie *testimonium*? Essentiellement en la formalité de l'*antestatio*, qui, sur le refus du défendeur de suivre *in jus* le demandeur, peut seule lui permettre de l'entraîner *obtorto collo.*

La synonymie de ces deux mots établie, le premier des fragments cités prouve que les témoins et le *libripens* peuvent être appelés à répondre à une *antestatio,* et que leur refus serait puni d'une peine très sévère aux yeux des Romains. Or les témoins et le *libripens* participent à toute opération *per æs et libram*, donc au *nexum* : donc leur *antestatio* peut être nécessaire en cas de *nexum*, et elle ne peut l'être, évidemment, qu'au moment de l'exécution.

La conclusion logique de ce rapprochement du *nexum* et de la *pignoris capio* est donc la suivante : l'exécution se pratiquait dans les deux cas par voie privée, sans intervention judiciaire, même sur un

(5) Gajus L. 18, 20, D, II, 4 : *eum qui inde (ex domo), in jus vocaret, vim inferre videri.*

débiteur absent : la seule formalité était, dans le second cas, la prononciation de paroles solennelles indiquant pour quelle dette cette main-mise était effectuée, — dans le premier l'*antestatio* du *libripens* et des *classici testes*, portant sur la violation du contrat dont ils avaient été témoins.

97. — Retournant contre nous un argument que nous avons employé pour prouver que le *nexum* ne comporte pas d'*addictio*, on pourrait être tenté, tout en se rangeant au principe de l'exécution privée du *nexum*, de ne pas admettre le tempérament de l'*antestatio* que nous avons reconnu nécessaire. On pourrait, dans ce sens, objecter que la *pignoris capio*, par nous assimilée au *nexum*, à une différence insignifiante près, n'a pas, comme lui, excité les colères du peuple : C'est donc, pourrait-on dire, que le *nexum* présentait pour le débiteur moins de garanties ou plus de sévérités : l'assimilation tomberait du même coup.

La réponse est facile : Si la *pignoris capio*, englobée, du reste, dans les *legis actiones* (1), n'a pas soulevé la même réprobation que le *nexum*, c'est à la fois parce que, moins barbare dans ses conséquences, elle ne s'applique qu'aux biens, et encore, à des biens déterminés et non à l'universalité du patrimoine — et parce que, infiniment moins générale, elle se restreignait à une classe très peu nombreuse d'individus, à des cas exceptionnels strictement limités, et à la garantie de créances regardées comme particulièrement favorables.

(1) Gajus. C. IV, 30.

98. — Notre démonstration sera complète si nous expliquons :

1° Comment il se fait que l'exécution privée ait existé dans le *nexum* comme dans la *pignoris capio*, alors que, pour toutes autres dettes, il fallait un contrôle plus ou moins étendu de la justice ;

2° Comment elle exista de tout temps dans le *nexum*, alors que, dans la *pigoris capio*, elle est de création relativement récente, et fut introduite par la loi et la coutume (1), ce qui semble en contradiction avec notre théorie sur l'existence originaire et spontanée de la justice privée comme unique voie d'exécution.

Cette double démonstration résultera simultanément des remarques suivantes :

99. — A l'origine, le *nexum* était la seule forme dans laquelle on pût contracter une obligation civile de somme d'argent.

En effet, si nous analysons les causes possibles d'obligations de cette nature à cette époque, nous trouvons : 1° le prêt ; 2° le cautionnement ; 3° la dette d'un prix de vente (2).

(1) Gajus. C. IV, 26-28.

(2) Nous ne parlons pas de la transmission héréditaire, pour un double motif : d'abord, nous croyons que les dettes étaient alors intransmissibles. Puis, en les supposant même transmissibles, la délation héréditaire n'est pas un mode de création, mais seulement de translation des obligations ; malgré cette translation, elles conservent le caractère qu'elles avaient à leur naissance, et le mode d'exécution qui les garantissait alors : il nous suffit donc de prouver que les dettes en question ne pouvaient naître que *ex nexo*.

Nous ne parlons pas non plus de l'obligation pécuniaire qui pou-

1° Le *prêt* se contractait, à l'origine, toujours par *nexum*, nous l'avons déjà prouvé (n° 16, *in fine*). S'il devint possible par simple *mutuum*, c'est à une époque où, déjà, les effets du *nexum* étaient définitivement fixés.

2° Le *cautionnement* d'une dette d'argent, probablement d'usage dans toute obligation, entraînait certainement pour son auteur les mêmes conséquences, les mêmes voies d'exécution qui garantissaient l'obligation principale : c'est l'application d'un principe général : ainsi, plus tard, les *sponsores*, les *fide-*

vait, dès l'époque des *legis actiones*, résulter d'une condamnation judiciaire : d'abord, elle n'apparut que du jour où l'exécution privée cessa d'être la règle en matière civile, époque postérieure à celle du *nexum* ; en admettant même le parellélisme du *nexum* et du *judicatum*, ce ne serait pas une exception à notre principe, qu'une obligation née judiciairement s'exécutât judiciairement : nous soutenons seulement qu'une dette *contractée* avec le caractère de dette d'argent était nécessairement un *nexum*.

Nous n'avons pas à nous occuper davantage de la dette d'argent *ex stipulatu* ; car la stipulation est certainement postérieure aux commencements du *nexum* : Varron, en effet, en donne une étymologie très raisonnable de laquelle il résulterait que la stipulation est un dérivé du *nexum ; De Ling Latina*, V. 182 : *hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod æs quoque stipem dicebant....* De même, Festus, V° *Stipem*. Nous avons déjà fait remarquer que l'antichrèse remplissait antérieurement la fonction de la stipulation d'intérêts (n° 15).

Enfin, la *sponsio ad aram maximam*, contractée à l'autel d'Hercule, entraînait évidemment une sanction purement religieuse, comme la forme de l'obligation elle-même : le débiteur qui n'exécutait pas sa promesse était *sacer*, et livré à la vindicte publique comme violateur des serments. Aussi l'avons-nous exclue en spécifiant que nous visions seulement les obligations *civiles*, contractées en une forme *civile*. D'ailleurs, on ne sait au juste à quelles obligations s'appliquait cette *sponsio*.

promissores, les fidéjusseurs, durent s'engager dans la forme *verbis*, comme le débiteur principal. De plus, il est absolument présumable que les *vades*, *prædes*, et le *vindex* étaient tenus *ex nexo*, comme le débiteur pour lequel ils intervenaient, ce qui fournit un sérieux argument d'analogie (1).

3° Quant au *prix de vente*, il était, disons-nous, également dû *ex nexo*.

En effet, la vente se décomposait alors en deux actes synallagmatiques absolument distincts : la mancipation, par le vendeur, à l'acheteur, de l'objet vendu, — et le versement du prix par l'acheteur. Ce versement était forcément réel à l'origine ; l'emploi obligatoire de la forme *per æs et libram* pour la mancipation ne s'expliquant pas autrement. C'est dire que la vente au comptant était seule possible à réaliser par ce mode d'aliénation. Si l'acheteur ne pouvait payer de suite, il fallait donc user du même détour que les Egyptiens dans les mêmes circonstances (2) : le vendeur prêtait d'abord le prix à l'acheteur : celui-ci, dans la mancipation qui suivait immédiatement, retransférait cet argent au vendeur, à titre de *prix payé comptant*, et restait tenu envers lui, comme emprunteur, donc *ex nexo* (ci-dessus, 1°).

100. — La synonymie du *nexum* et de dette d'argent contractuelle est un argument considérable en faveur de notre conception du *nexum*. Elle explique

(1) Maynz. *Cours de droit romain*, I, p. 591, texte et note 27.
(2) Dareste. *Etudes d'histoire du droit*, p. 7.

que ses effets se soient maintenus particulièrement rigoureux, tandis que le mode d'exécution des autres obligations s'adoucissait progressivement.

On sait, en effet, — et nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler, — que les dettes d'argent étaient l'objet d'une réglementation plus stricte que les autres : à ce point de vue, il est intéressant de comparer les chapitres XXI et XXII de la *Lex Rubria Galliæ Cisalpinæ*, dont l'étude nous entraînerait trop loin. De même, tandis que les contestations relatives aux autres obligations continuaient à se trancher par l'antique procédure du *sacramentum*, où l'amende subie par le perdant était minime, la loi *Silia* créa pour les *condictiones certæ pecuniæ* une réglementation très sévère : la peine est portée probablement au tiers de l'intérêt du litige *(sponsio tertiæ partis)*.

Les textes correspondants à cette époque mouvementée emploient à ce sujet une expression bien caractéristique : ce dont se plaint le peuple, c'est l'accumulation des dettes d'argent, *æs alienum*, termes qui eurent évidemment pendant longtemps la signification étymolgique, précise, de dettes d'argent par suite de prêt, que nous leur assignons.

101. — Il n'est donc pas surprenant que le *nexum*, c'est-à-dire à l'origine, nous l'avons montré, toute dette d'argent, — soit resté gouverné par le principe de l'exécution privée, alors que les autres dettes étaient soustraites à l'application de ce principe.

Et voici quelle fut vraisemblablement la marche du droit en notre matière : du moins, cette déduction

logique est d'accord avec les textes juridiques qui nous sont parvenus.

L'exécution des dettes *non ex nexo* fut d'abord soumise au contrôle et à la détermination de la justice, et ne fut possible qu'après un *judicatum* les rendant certaines et liquides, et qu'en présence du magistrat, chargé de vérifier la réunion de ces conditions : ce fut la *legis actio per manus injectionem*.

Il en fut ainsi, dès que la stipulation fut introduite, des dettes *quelconques* qui en provenaient.

Comme aussi de celles qui, bien que portant sur une somme d'argent, trouvaient leur origine dans la loi.

Comme enfin de celles qui résultaient d'un contrat réel ou consensuel, contrats de création plus récente.

Le *nexum* fut alors démembré successivement de toutes ses attributions, sauf le prêt d'argent, qui resta son objet exclusif.

Puis, un double progrès se réalisa.

Pour quelques dettes certaines et liquides par elles-mêmes, la *manus injectio*, alors qualifiée *pro judicato* ou *pura*, put être effectuée sans *judicatum* préalable, mais toujours devant le magistrat : malgré cette simplification, l'exécution resta donc judiciaire pour ces dettes.

Pour certaines autres, particulièrement favorables, la loi ou la coutume alla plus loin et permit l'exécution extra-judiciaire, mais en la restreignant aux biens : ce fut la *pignoris capio*. Cette procédure, celle qui se rapprochait le plus du *nexum* s'appli-

quait à des dettes *ex lege*, que le *nexum* ne pouvait couvrir, à raison précisément de leur origine non contractuelle, et à deux dettes spéciales, nées d'un contrat consensuel, et, comme telles, également exclues du *nexum* : l'une ayant pour objet le prix de vente d'une *hostia*, l'autre, le prix du loyer d'une bête de somme, quand l'argent en était destiné aux frais d'un sacrifice (1).

On comprend maintenant comment il se fait que la *manus injectio* et la *pignoris capio* nous soient présentées par les textes comme des innovations, l'une simplifiant l'exécution judiciaire, l'autre introduisant l'exécution privée là où elle n'était pas autorisée auparavant, — tandis que le *nexum* n'est, pour nous, que la survivance de cet antique mode de justice ; on comprend pourquoi la *pignoris capio* est une action de la loi, tandis que ce nom est refusé au *nexum* : c'est que les *legis actiones* n'existaient, — leur nom l'indique, — que créées par une loi réglant les paroles solennelles dont la prononciation y serait requise. Ces paroles solennelles, il est certes contraire à l'esprit formaliste des Romains de penser qu'il n'y en eût pas aussi dans le *nexum* ; elles furent probablement semblables à celles de la *manus injectio ;* mais, comme la création du *nexum* ni la désignation des paroles y employées n'était l'œuvre d'une loi, le *nexum* resta en dehors des *legis actiones*, qu'il avait devancées. En un mot, le *nexum*

(1) Gajus. C. IV. 28.

était un reste direct de l'ancienne justice privée, tandis que les *manus injectiones pro judicato* et *pura*, et le *pignoris capio* n'étaient que le produit d'une réaction contre le mouvement qui avait soumis à l'exécution purement juridique toutes les dettes *non ex nexo*.

102. — Il nous semble résulter de toutes les considérations ci-dessus exposées, que notre théorie ne laisse sans réponse aucune objection sérieuse, et que la nature du *nexum* est, par suite, bien celle que nous lui avons attribuée. C'est un mode de l'ancienne justice privée, une *manus injectio* extra-judiciaire soumise, au plus, à la nécessité de paroles solennelles et d'une *antestatio*.

103. — II. Mais, à la démonstration surtout négative que nous avons faite jusqu'ici, nous voulons en ajouter une dernière, positive, celle-là, qui viendra la confirmer encore : notre conception des effets du *nexum* est parfaitement d'accord avec les textes relatifs à ces effets du *nexum*, textes qui appartiennent, en totalité, à Denys d'Halicarnasse et à Tite-Live.

Nous prouverons : 1° que ces textes sont favorables à la distinction de la dette du capital, *sors*, garantie par le *nexum*, et de celle des intérêts, *usuræ*, qui ne pouvait être contractée que *stipulatu*, et exécutoire que judiciairement ; 2° que le *nexum* nous est toujours montré ayant pour épilogue l'exécution privée.

Sur ces deux points, nous avons donné une démonstration théorique complète (n^os^ 53 seqq.) ; nous avons donc à procéder seulement à une vérification.

104. — 1° La distinction des deux dettes résulte principalement des textes suivants : nous n'en connaissons d'ailleurs pas de contraires à notre théorie.

105. — Denys d'Halicarnasse, dans son livre IV, cc. 9 et 11, rapporte l'espèce de profession de foi qui, entraînant le peuple, valut à Servius Tullius la royauté : Servius y faisait notamment les promesses suivantes :

« *Quotquot de vobis* ÆRE ALIENO *gravati propter inopiam solvendo non sunt, his ego succurrere paratus..... de meis facultatibus pecuniam dabo ut suum* ÆS ALIENUM *dissolvant ; qui vero in posterum pecuniam a feneratoribus accipient, hos non patiar ob suum* ÆS ALIENUM *abduci in vincula..... Tributa, ob quæ pauperes coguntur fenori pecunias sumere.....* ». Cf. IV, 64 « ... ÆS ALIENUM ... »

Dans ce passage, Servius fait allusion *uniquement* aux dettes de capital : c'est contre les suites de l'*æs alienum* qu'il promet au peuple de le protéger : or ces deux termes : *æs alienum* et dettes de capital, sont synonymes, ceci ne fait pas de doute au point de vue étymologique : *æs alienum*, c'est l'argent (*æs*), qu'on tient d'autrui, à charge de le restituer, bien entendu ; l'argent qu'on a bien reçu d'un tiers en propriété, mais qui reste, pour ainsi dire, à ce tiers, par suite de la créance qu'il en a acquise par le fait même de le prêter. Ce qui exclut de l'*æs alienum* la dette des intérêts. Que, plus tard, ce terme se soit étendu aux dettes de toute nature, c'est incontestable, mais il est également impossible d'admettre que cette

déviation du sens des termes *æs alienum* se fût déjà produite à une époque où l'on attachait à la valeur exacte des mots une importance exagérée, à une époque de droit strict et de formalisme.

Des intérêts, Servius ne parle pas : dans la dernière phrase, indépendante des autres, accidentellement, il cite bien le *fenus* comme ajoutant au prêt une modalité ; mais il ne prévoit pas que de ce *fenus* il puisse résulter pour le débiteur un mal nouveau ou l'aggravation de maux déjà produits par l'emprunt du principal. De même, l'exécution est bien faite par des *feneratores*, mais pour l'ÆS ALIENUM, pour le capital prêté seulement.

De cette absence de poursuites à craindre pour intérêts, nous sommes fondé à conclure que les Romains étaient alors encore dans la période où la mancipation fiduciaire avec antichrèse tenait lieu de stipulation d'intérêts. Nous y sommes autorisé par l'étymologie même du mot *fenus* qui, à une époque aussi rapprochée de la fondation de Rome, n'avait certainement pas encore été détourné de sa signification première pour prendre un sens figuré. *Fenus* vient de l'antique radical *feo*, dérivé lui-même de φύω, et qui a formé également les mots *fecundus*, *femina*, *fetus*, ce dernier ayant le même sens que *fenus* : c'est un *produit* que percevait le créancier. Or il est évident qu'alors on n'en était pas encore venu à la conception moderne, abstraite autant que fausse, d'après laquelle les intérêts seraient le fruit de l'argent ; c'est donc le produit d'une chose réelle-

ment frugifère, abandonnée par le débiteur au créancier, avec ou sans la possession de cette chose, que désigne ici l'expression *fenus*.

Nous en déduisons que le *nexus* n'était déjà tenu *per æs et libram* que de la restitution du capital.

106. — Dans les cc. 53 et 64 du livre V, il n'est encore question que du *nexum* et que de dettes de capital : c'est toujours à cause de l'*æs alienum* que les débiteurs se plaignent, et les divergences qui se produisent au sein du Sénat sur la solution de cette grave question, portent uniquement sur la manière dont on affranchira les débiteurs des suites de cette sorte de dettes : les uns proposant la remise pure et simple à ceux qui ne sont pas exécutés, les autres le payement de leurs dettes par le Trésor, d'autres enfin, se prononçant pour la libération, de plein droit, de tous *nexi* exécutés ou non.

107. — Un autre épisode nous est rapporté à la fois par Denys (VI, 26) et par Tite-Live (II, 23) :

Il s'agit des troubles occasionnés peu avant la guerre contre les Volsques, par les rigueurs du *nexum* :

« *Civitas inter patres pebemque flagrabat odio, maxime propter* NEXOS *ob* ÆS ALIENUM. » (Tite-Live). Les deux mots sont ici réunis ; dans le passage entier des deux auteurs, il s'agit des *nexi*, dont le nom revient à diverses places. Et ces *nexi* sont sous le coup des conséquences de l'*æs alienum*, les intérêts ne sont pas la cause directe de leur situation. Le centurion dont les malheurs amènent le soulève-

ment du peuple signale bien les intérêts comme ayant hâté sa ruine, en absorbant pour leur paiement une partie de sa fortune, mais l'exécution elle-même, suite de l'insolvabilité, l'exécution sur la personne résulte seulement de la dette du capital : ÆS ALIENUM *fecisse* : ID, *cumulatum usuris, primo se agro paterno exuisse... postremo, valut tabem, pervenisse ad corpus.*

108. — La distinction du capital et des intérêts est également indiquée par les deux passages suivant de Tite-Livre.

Au Livre VI, c. 14, il nous montre Manlius délivrant un centurion qui, après *judicatum*, était emmené par le créancier. Le soldat raconte comment il s'est trouvé réduit à la situation à laquelle son bienfaiteur vient de l'arracher..... *multiplici jam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem* USURIS, *obrutum* FENORE *esse* : c'est de la dette d'intérêts qu'il est victime, ce qui se traduit pour lui par une *addictio.*

Le c. 36 du même livre oppose aussi les deux sortes de dettes.

109. — Enfin le même auteur, liv. VII, c. 19, établit très nettement la distinction proposée : le paiement des intérêts suffisait à ruiner les malheureux, et alors ils tombaient sous le coup du *nexum*, parce qu'ils ne pouvaient payer LE CAPITAL : *etsi, unciario fenore facto, levata est usura,* SORTE *ipsa obruebantur inopes,* NEXUM *que inebant.*

110. — 2° L'application de l'exécution privée au

nexum ressort de textes nombreux : pour ne pas alourdir notre démonstration, nous commenterons en notes, les moins importants :

Denys d'Halicarnasse, *Antiquités*, liv. IV : cc. 9 (1) et 11 (2); — Liv. V. : cc. 53 (3), 64 (4),

(1) Ce passage, comme nous l'avons indiqué (n° 105), a trait uniquement aux *nexi* : or, si le débiteur est ici soumis à une exécution sévère, ce n'est pas que le Préteur l'ait autorisée : le *nexus* n'est pas désigné comme *judicatus* ni comme *addictus*, mais toujours comme simple débiteur ; sa situation juridique n'a donc pas changé. Les traitements qu'il endure ne sont pas représentés comme la suite d'une condamnation ou d'une *addictio*, mais comme la conséquence directe de son état de débiteur insolvable. Ce que Servius promet, ce n'est pas de suspendre des poursuites judiciaires qui n'étaient pas nécessaires, c'est seulement de s'opposer à ce que le créancier s'empare du débiteur, et de porter une loi pour restreindre aux biens cette exécution privée :.... *His* (*nexis*).... *ego .... succurrere paratus,... ne sua libertate priventur ;..., hos non patiar ob suum æs alienum abduci in vincula ; sed legem feram, ne quis fœnerator in corpora libera jus habeat.*

(2) Tullius expose au peuple qu'il est en butte à la haine des créanciers : *quod pauperes de vobis* raptos *in vincula ab illis libertate* spoliari *non sum passus :* ces mots ne sauraient évidemment s'appliquer à une exécution en vertu d'une sentence judiciaire : ils impliquent l'emploi légal, mais sans contrôle, de la force, de la violence.

Dans le même passage, les créanciers sont signalés comme se servant de leurs débiteurs insolvables *tanquam mancipiis*, ὥσπερ αργυρωνήτοις, droit que ne leur conférerait pas un simple *judicatum*. Leur état étant simplement *comparé* à celui des *mancipia*, il en ressort de plus que le *nexus* ne s'est pas réellement mancipé, ce que nous avons déjà établi avec certitude.

(3) Ce passage rapporte les mêmes faits et appelle les mêmes remarques que le précédent : *fœneratores obæratorum corpora in vincula abducebant* (ἀπῆγον), *quibus non aliter utebantur quam empticiis* (ὥςπερ αργυρωνήτοις ὕυτως ἐχρῶντο.)

(4) Valerius Publicola, dans un discours que lui prête Denys, attaque le droit, pour les créanciers, de se saisir du débiteur, — toujours sans qu'il soit possible de supposer un contrôle judiciaire, vis-à-vis

68 (1) et 96: expliquons ici ce dernier texte, le plus significatif de ceux de Denys à notre point de vue :

A la suite du conseil tenu au Sénat, et où les avis que nous connaissons ont été émis, on prend une décision toute provisoire, dilatoire, pour ainsi dire, en se bornant à suspendre, pendant la durée de la guerre, l'exécution *aut ex contractu aut ex re judicata*, en faveur de ceux qui s'enrôleront : μηδεμίαν ἔισπραξιν εἶναι, μήτε συμβολαίου μηδενὸς, μήτε καταδίκης μηδεμιᾶς. Ce texte prouve à l'évidence qu'il y avait des contrats directement exécutoires, sans *judicatum*, καταδίκη, puisqu'il oppose cette exécution directe à l'exécution judiciaire ?

On peut en rapprocher les cc. 37 et 41, où le dictateur Lartius soustrait, pendant la guerre contre

d'un texte qui nous présente cette exécution comme un simple *fait* légal : *Quid nobis proderit externos hostes vincere, si domi fœneratoribus ob nostrum æs alienum licebit nos in nervum* ABDUCERE?... εἰ τοῖς δανεισταῖς ἀγώγιμοι πρὸς τὰ χρέα γενησόμεθα ; — H.Estienne, *Thesaurus græcæ linguæ*, V° ἀγώγιμος, traduit ce mot *Duci aut vehi facilis*, et *ductilis* ; c'est donc l'état actuel de celui qui, sans autre condition, put être emmené, dont on put s'emparer. C'est dans ce sens qu'une loi des Sparts déclarait ἀγώγιμους les exilés athéniens ; c'est aussi avec la même signification qu'au c. 68, nous voyons quelques sénateurs proposer de restreindre l'exécution aux biens : τὰ χρηματα ποιοῦντες ἀγώγιμα.

(1) Nous y trouvons exprimé, outre l'avis exprimé ci-dessus, celui de délivrer les *nexi* et ceux qui sont sur le point d'etre exécutés : τῶν ἤδη κατεχομένων πρὸς τὰ χρέα, καὶ τῶν μελλόντων ἀφαιρεθήσεσθαι τὴν ἐλευθερίαν : or les verbes κατέχειν et ἀφελεῖν, toujours d'après le *Thesaurus*, indiquent très nettement le fait de celui qui s'empare, qui enlève ou même qui ravit.

les Volsques, les corps, les biens et l'honneur des débiteurs à l'exécution ἀπό τε δανείου, καὶ ἄλλου παντός συμβολαίου Cette exécution est elle même qualifiée du mot très significatif, κρατεῖσθαι, qui indique l'emploi de la force, la main-mise effectuée par une personne en vertu de sa propre autorité.

On peut nous objecter que, d'après ces deux textes, la même exécution semblerait régir *tous* les contrats : or, pour les contrats ordinaires l'exécution judiciaire est certainement la seule possible ; donc aussi pour le *nexum*. Mais il faut évidemment entendre les mots συμβολαίου μηδενος et ἄλλου παντὸς συμβολαίου *secundum subjectam materiam* : l'exécution privée est suspendue, mais uniquement dans les contrats auxquels elle s'appliquerait sans cette mesure.

On peut insister et dire : il résulte du moins du texte que plusieurs contrats reçoivent la même exécution que le *nexum* : or, aucun autre contrat connu n'est susceptible de l'exécution privée ; pour tous le contrôle judiciaire est nécessaire. Cependant cette pluralité des contrats exécutoires par voie privée n'est pas, quoi qu'on en dise, contradictoire avec notre système ; nous avons prouvé en effet que plusieurs contrats obligatoires pouvaient se faire *per æs et libram* : non seulement le prêt, mais le cautionnement et la promesse, à terme, d'un prix de vente (n° 99).

Liv. VI : CC. 23 (1), 24 (2) 26 et 29 (3), 59 (4), 79, 82 (5), 83.

(1) M. Valerius proposè, à l'origine de la guerre contre les Volsques, *impediendos creditores in presentia, ne eos qui præstitutum solu-*

Le ch. 29, dont nous avons déjà tiré argument (n° 69), reconnaît que les créanciers auraient eu, sans l'édit de Servilius, les droits suivants : *domos retinere, aut vendere, aut oppignerare, aut eorum familiam* EX CONTRACTU *in nervum abducere.* Pourquoi cette mention que l'exécution se faisait là *ex contractu,* si elle eût dû, comme toutes les autres, passer par l'intermédiaire d'un *judicatum* et d'une *manus injectio*? Et comme cette exécution pendant l'absence du débiteur *reipublicæ causa*, impossible judiciairement, comme nous l'avons montré (*eod. loc.*) s'explique au contraire aisément si l'on admet que le créancier a le droit de saisir lui-même, sans formalité judiciaire, où et quand il voudra, le débiteur insol-

tioni tempus excessissent, in nervum ABDUCERENT : toujours l'absence d'une intervention judiciaire, que les termes employés écartent eux-mêmes.

(2) Le décemvir Appius exprime l'avis : *debitorum in contractibus expressorum exactiones ipsis creditoribus permittendas.*

Une double remarque peut être faite sur ce texte : d'abord, *exigere* a presque toujours le sens d'une *exigence de fait,* et non d'une poursuite judiciaire. (V. les textes cités par FREUND, Dict. Latin). D'autre part, surtout dans l'emploi qui en est ici, ce mot, auquel le préfixe *ex* donne un sens intensif, indique une exécution complète et menée à bout. Du rapprochement de ces deux idées, il résulte que l'exécution tout entière du *nexum* est extra-judiciaire.

(3) Nous retrouvons encore dans ces deux chapitres, comme constituant le droit du créancier, non pas le droit de provoquer le *judicatum,* de pratiquer la *manus injectio* ou d'obtenir l'*addictio,* mais toujours l'*in nervum abducere,* prélude d'une période d'exécution où le débiteur sera à la discrétion du créancier.

(4) *Quinam a me* RAPTI *fuerunt ?*

(5) Ils représentent également comme étant toute de fait, la situation à laquelle le créancier peut réduire le *nexus,*

vable ou ses biens, et, parmi son patrimoine, *sa familia*! Les enfants du débiteur ne seraient pas, en justice, responsables des dettes de leur père encore vivant, puisqu'ils ne sont pas débiteurs et que le créancier ne peut dire contre eux: *Aio hunc mihi dare oportere*, et le créancier ne pourrait pratiquer sur eux l'éxécution judiciaire qu'après la condamnation du père lui-même et son *addictio*, et par voie de conséquence; tandis que leur saisie directe se comprend ici facilement, dans notre théorie, par suite du droit que nous reconnaissons au créancier de *prendre* le patrimoine, la *familia*, en un mot, toute personne ou tout objet sur lequel le débiteur a des droits, comme il pourrait prendre le débiteur lui-même sans qu'il soit besoin d'un *judicatum* ni d'une *addictio* préalable contre ce dernier! Cette exécution directe sur la famille est d'ailleurs en parfaite conformité avec un fait bien connu qui se reproduit dans toutes les civilisations peu avancées, comme celle de Rome à son origine et lors de l'apparition du *nexum*: la solidarité familiale qui rend le groupe entier responsable, en fait, des délits ou des engagements de son chef.

Enfin, le ch. 83 est extrêmement significatif :

Trois classes de débiteurs y sont distinguées, dont la situation différente donne lieu à un remède également différent :

1° Les débiteurs insolvables pour lesquels l'exécution n'a pas encore eu lieu : ils obtiennent remise pure et simple de leur dette.

2° Les débiteurs qui, à défaut de paiement à l'é-

chéance, ont été saisis et sont détenus par le créancier.

3° Les *judicati* et *addicti*, exécutés judiciairement.

Quel pourrait bien être le second ordre de débiteurs, pour lequel il y a eu cette main-mise de fait du créancier, par opposition à l'exécution judiciaire qui avait atteint les débiteurs de la troisième catégorie, *judicati* et *addicti ?* Quel pourrait-il être, si ce ne sont les *nexi*?

111. — Tite-Live, dans ses *Décades*, nous fait assister au même spectacle : partout, dans le livre II, correspondant aux évènements que nous venons de voir rapportés par Denys, nous retrouvons les traces d'une exécution laissée au libre arbitre du créancier.

Ch. 23 (1) : *fremebant (nexi) se, foris dimicantes, a civibus domi* CAPTOS *et* OPPRESSOS *esse.*

Le centurion raconte ses infortunes : DUCTUM *se a creditore, non in servitium, sed in* ERGASTULUM ET CARNIFICINAM.

Ch. 24 (2) : Servilius édicte : « *ne quis civem romanum* VINCTUM AUT CLAUSUM TENERET..... *Ne quis militis, donec in castris esset, bona* POSSIDERET *aut* VENDERET, *liberos nepotesve ejus* MORARETUR.... *Quum* RETINENDI *(nexos) jus (creditori) non esset.*

112. — Le livre VI, qui traite d'événements très postérieurs vient brusquement rompre cette unanimité des textes favorables à l'exécution privée dans le *nexum* : tous les passages où il y est question de la situation des débiteurs (cc. 14, 15, 27, 31, 32, 34, 36 ; *Epit.*, c. 74,) nous les montrent *judicati* et *addicti* même pour des

(1) Cf. Denys, VI, 26, *suprà*, n° 110.
(2) Cf. Denys, VI, 29 (*eod. loc.*).

dettes de capital. Pourtant le *nexum* n'était pas encore aboli.

Y a-t-il là une antinomie qui doive compromettre notre système? Ou bien y eut-il dans le *nexum* deux phases successives? Nous ne le croyons pas: pour nous, si ces textes parlent d'une exécution judiciaire et non plus d'une exécution privée, c'est que ce n'est plus de *nexi* qu'il s'agit: c'est que le *nexum* était déjà remplacé, en fait, par une autre institution.

113. — C'est, pensons-nous, dans un phénomène que de récents travaux montrent employé fréquemment chez les Romains, qu'il faut chercher l'explication de ce brusque revirement.

On sait que les Romains, plutôt que de toucher à la loi, préféraient garder les institutions dont l'expérience avait pourtant démontré les vices, et leur juxtaposer simplement une institution nouvelle, perfectionnée : le nouveau procédé, s'il était plus commode, se substituait à l'autre par le seul jeu des volontés particulières ; l'ancienne disposition tombait ainsi, d'elle-même, en désuétude, sans l'à-coup toujours produit par une révolution législative.

Il est certain que le *mutuum* n'a pas été appliqué du jour au lendemain aux prêts d'argent quand le *nexum*, avec lequel on voulut en finir d'un coup, fut aboli (1). Cette brusque substitution d'un mode à un

(1) C'est à tort que l'on voudrait conclure à la survivance du *nexum* à la loi *Pætilia* en s'appuyant sur le C. V des *Excerpta ex lib. XVI* de Denys ; Kissling et Prou, dans leur édition de Denys

autre est trop contraire à l'esprit des Romains : comme nous venons de le dire, ils ne supprimèrent jamais législativement une institution avant que cette suppression fût déjà faite dans les mœurs.

La plèbe dut commencer par s'apercevoir que le mode de prêt appliqué à toutes autres choses fongibles présentait sur le *nexum* l'avantage considérable d'une exécution judiciaire, et que, d'autre part, la monnaie ayant fini par recevoir une valeur déterminée, l'opération *per æs et libram*, devenue fiction, n'avait plus de raison d'être. Elle ne consentit vraisemblablement plus à s'obliger par *nexum* que dans des cas de plus en plus rares, et seulement sous le coup d'une absolue nécessité : le dernier exemple de *nexum* qui se soit présenté après un long intervalle se produisit du moins dans une pareille hypothèse (Tite-Live, VIII, 28).

Il est extrêmement probable que c'est dans le long espace de temps qui sépare les événements rapportés au Livre II de ceux qui sont l'objet du Livre VI, que le *mutuum* s'est ainsi substitué, en fait, au *nexum*, l'excluant presque entièrement en pratique, jusqu'à ce qu'un dernier excès provoquât son abolition légale.

114. — Cette supposition est très naturelle, étant données les considérations morales que nous venons de présenter ; elle seule concilie les deux ordres de textes dont l'opposition serait autrement inexplicable ; enfin, elle est, de la manière la plus certaine, autorisée

(Paris, 1886), traduisent à tort ce passage : *adductus est in* NEXUM *juvenis*. Le texte porte seulement ἀπήχθη πρὸς το χρέος, termes qui désignent ici la *ductio* qui est la suite de la *manus injectio*.

par les textes eux-mêmes du Livre VI : lorsqu'il s'y agit d'un *judicatus* ou d'un *addictus*, c'est toujours, on peut le remarquer, à propos d'une *pecunia credita* : or c'est là, on le sait, le synonyme de *mutuum*.

Cette transformation du prêt, qui se produisit sous la double influence de la création d'une véritable monnaie et de la conquête, par la plèbe, d'une indépendance relative, peut seule nous expliquer aussi la longue période de calme qui s'étend entre la première sécession du peuple et les événements rapportés au Livre VI de Tite-Live : la plèbe, satisfaite de l'innovation qui lui assurait la garantie judiciaire, cessa de remplir le Forum de ses doléances : pendant longtemps, le *mutuum* ne donna lieu à aucune plainte, et il faut bien remarquer un fait que nous avons déjà signalé (n° 67) en en tirant argument : Quand les réclamations recommencèrent, ce n'est pas à l'institution nouvelle qu'on s'en prit comme on avait attaqué le *nexum* : c'est aux usuriers eux-mêmes et à eux seuls, à cause de la dureté avec laquelle ils poursuivaient leurs droits ; et le *mutuum* subsista, sous la garantie de l'exécution judiciaire, jusqu'aux derniers temps de la Rome impériale.

CONCLUSION

114. — En résumé, notre étude aboutit aux conclusions suivantes, qui nous semblent ressortir à la fois des principes et des textes :

Le *nexum* est un contrat *per æs et libram*. Dans son sens technique, strict, celui qui lui est resté lorsque la langue du droit est devenue plus savante et s'est dégagée de l'influence exclusive des formes extérieures, dans le sens enfin qui lui est demeuré propre, à l'exclusion de la mancipation, — c'est un contrat dont la forme consiste dans la pesée solennelle, réelle d'abord, plus tard fictive, d'une somme d'argent qui est prêtée ; contrat dont l'effet principal est d'obliger l'*accipiens* à restituer, au terme fixé, au maximum la somme prêtée : La convention d'intérêts, s'il y en a, devant faire l'objet d'un stipulation particulière.

115. — A ce premier effet, se joint un effet de garantie extrêmement puissant : le créancier nous est représenté par les textes comme muni, pour le cas d'inexécution de l'obligation de restitution, de droits exorbitants contre le débiteur.

Sous quelles conditions sera-t-il admis à en user ? Nous croyons avoir établi de la façon la plus certaine qu'il n'avait besoin, pour cela, d'aucune des formalités de l'exécution judiciaire ordinaire, et qu'il pouvait *de plano*, par voie parée, extrajudiciairement, saisir le débiteur.

A cet effet, nous avons tout d'abord constaté que le droit de se faire justice à soi-même a été un principe commun à l'enfance de toutes les législations ; qu'à Rome, des conditions particulièrement favorables à son développement avaient dû en assurer le maintien jusqu'à une époque relativement avancée ; et qu'en effet, plusieurs institutions bien connues en conservent la trace, comme des textes nombreux en affirment l'application.

Puis nous avons établi, toujours à l'aide, à la fois, des textes et des principes, que la justice privée existait spécialement dans le *nexum* : nulle autre explication ne pouvant être proposée des droits que les textes nous montrent appartenant au créancier, tandis que notre conception en rend parfaitement raison : en effet, les dettes d'argent ont toujours été, à Rome, l'objet d'une sanction particulièrement dure pour le débiteur, et, d'autre part, toutes dettes d'argent étaient, à l'origine, *ex nexo* : il est donc naturel d'imaginer que la justice privée a survécu quelque temps encore dans le *nexum*, tandis qu'elle était remplacée, pour toutes autres dettes, par l'exécution judiciaire ; au surplus certaines formes y étaient encore requises.

116. — Notre conclusion est donc la suivante : l'emprunteur par *nexum* ayant laissé passer l'échéance sans rembourser le capital, le prêteur avait le droit de le saisir, en présence des témoins et du *libripens* qui avaient assisté au *nexum* ; il pouvait l'emmener, l'incarcérer chez lui, le charger de

fers, et l'employer à tous travaux jusqu'à complet paiement.

Mais, en droit, la situation du *nexus* n'était pas affectée comme elle l'eût été par une *addictio* : les textes nous le montrent, en effet, capable d'exercer encore tous ses droits politiques (1), pouvant servir à l'armée (2), enfin, ne subissant même pas la *minima capitis deminutio* (3); tout au plus encourait-il, *en fait*, une certaine atteinte dans sa considération (4).

Notre hypothèse se trouve donc vérifiée même dans ses conséquences.

117. — Dans le cours de cette étude, nous nous sommes borné, suivant notre promesse, à des *indications générales* dont nous avons voulu seulement établir l'exactitude : nous laissons à de mieux armés le soin de les utiliser, *s'il y a lieu :*

A nos lecteurs, si nous en avons, le soin d'en apprécier l'opportunité.

(1) Tite-Live, II, 23 à 28 ; IV, 15.
(2) Denys, VI, 29, 37, etc.
(3) Denys, VI, 41.
(4) Denys, *eod. loc.* ; L. 2, *pr.* D. *De obseq.*, XXXVII, 15.

APPENDICE

LA LOI PÆTILIA — « JUDICATI » ET « ADDICTI »

118. — Tel fut, croyons-nous, le *nexum*, et l'on s'explique aisément par ses rigueurs les réclamations incessantes dont il fut l'objet, et dont sont remplies les pages des historiens consacrées à cette période.

L'attentat de Plotius (1) vint mettre le comble à l'impopularité de cette institution si favorable à tous les excès ; les consuls reçurent du peuple l'ordre de porter une loi défendant l'exécution privée sur la personne : ce fut la loi PÆTILIA (2).

119. — Cette loi défendait « *ne quis, nisi noxam meruisset* (3), *donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur* ; *pecuniæ creditæ* (4) *bona debitoris, non corpus obnoxium esset.* »

Quelle fut la portée de cet acte législatif?

Logiquement, puisque le mouvement populaire avait été occasionné par la situation intolérable faite

(1) Tite-Live, VIII, 28.

(2) En l'an 428, U. C.

(3) On n'est pas d'accord sur la portée de ces termes : nous croyons, avec HEUSDE, *De lege Petillia*, p. 25, qu'ils désignent les condamnés à une amende au profit de l'offense. V. dans des sens divers : NIEBUHR, *Röm. Gesch.*, III, p. 180 ; DIRKSEN. *Commentar*, p. 106-107.

(4) Les termes *pecuniæ creditæ* n'ont pas ici le sens spécial, technique, que nous leur avons reconnu au n° 114, et où ils sont synonymes de *mutuum* : le sens général de la phrase est évidemment une défense d'engager sa personne pour sûreté d'un prêt d'argent quelconque.

à un *nexus*, son effet eût dû se limiter à la suppression du *nexum*, cause de ces excès : c'est, en effet, la seule conséquence qu'en déduise Tite-Live (1), et qu'en signale Cicéron (2).

Cependant, comme il arrive souvent dans les moments de réaction, on dépassa le but originaire de la réforme; et il est certain que la loi *Pætilia*, en même temps qu'elle abolissait le *nexum*, modifia et améliora dans une certaine mesure le sort des *judicati :* la généralité des termes de la loi, tels que les rapporte Tite-Live : *ne quis... in compedibus aut in nervo teneretur,* ne peut laisser de doute à cet égard : le droit d'enchaîner tout débiteur fut donc enlevé aux créanciers.

Là, du reste, s'arrêta l'innovation quant aux *judicati :* la *manus injectio* (3), le droit de tenir le débiteur en charte privée et d'obtenir l'*addictio*, furent maintenus. Aulu-Gelle, dans un texte déjà cité (4), nous apprend que ces pratiques avaient encore cours de son temps. Une constitution de l'empereur Zénon (5) dut les défendre spécialement

(1) *Loc. cit.*

(2) *De Rep.*, II, 34.

(3) M. Wlassak dans son récent et très ingénieux ouvrage : *Röm. Processgesetze*, 1te Abtheilung, démontre que, malgré le texte si précis de Gajus (C. IV, 30), les *Legis actiones* et spécialement la *manus injectio*, survécurent en droit aux lois *Œbutia* et *Julia* ; seulement elles furent très généralement abandonnées, en fait, pour la nouvelle procédure, formulaire, qui avait grandi à côté d'elles, et qui finit par les supplanter.

(4) *Noct. Att.*, XX, 1.

(5) L. 1, C., *de Priv. carcer.*, IX, 5.

pour le diocèse d'Egypte, sous les peines du crime de lèse-majesté. Enfin une constitution grecque contenue dans les Basiliques (1) fut nécessaire pour étendre cette prohibition à tout l'Empire ; elle chargea les évêques et *præsides*, d'y tenir la main : le coupable était condamné à passer dans une prison publique le même nombre de jours qu'il avait tenu son débiteur *in carcere privato*.

120. — La loi *Pætilia* eut donc un double effet :

Défendre que le créancier pût charger le débiteur de fers et d'entraves ;

Et que la personne du débiteur pût être saisie directement, comme elle l'était dans le *nexum*, pour la garantie de l'obligation de restitution. Les biens seuls purent être affectés à cette exécution directe : encore n'est-ce plus désormais de plein droit, par la seule force de la forme *per æs et libram*, dont l'emploi en matière de prêt était aboli : ce résultat dut être atteint par l'un des modes qui, déjà, servaient à donner au créancier le droit de posséder ces biens, d'en jouir, ou de les vendre : mancipation avec fiducie, *pignus* ou hypothèque.

121. — La loi *Pætilia*, supprimant le *nexum*, ne laissa donc aux particuliers le droit de s'obliger pour cause de prêt, que dans les formes donnant lieu à l'exécution judiciaire, dont la principale était le *mutuum*. L'emprunteur fut ainsi, dorénavant, toujours

(1) Liv. 60, tit. 55.

soumis au droit commun des débiteurs, et passible seulement de la *manus injectio* et de l'*addictio*.

122. — Comme déjà l'emprunteur à intérêts était, à l'époque du *nexum*, exposé, pour la dette des intérêts, à cette même exécution, il n'est pas sans utilité de donner, en quelques mots, un très rapide exposé de la situation du débiteur soumis à l'exécution judiciaire.

123. — Après la *manus injectio*, qui se pratiquait nécessairement *in jure* après un delai de trente jours *(dies justi)* (1), le débiteur était provisoirement dans une situation de fait qui présentait une grande analogie avec celle du *nexus*, telle que nous l'avons décrite : le créancier pouvait l'emmener, l'incarcérer, et, avant la loi *Pætilia*, le charger de chaînes dont la loi des XII Tables (2) avait fixé le maximum à 15 livres.

Cependant, une triple différence s'y remarquait avec ce qui se produisait au cas de *nexum* :

1° Le *judicatus* conservait, nous l'avons indiqué (n° 69, 2°), la propriété, la jouissance et la libre disposition de ses biens, qui étaient soustraits à son créancier ; tandis que celui du *nexus* pouvait saisir le patrimoine de ce dernier.

2° Le créancier n'a sur le *judicatus* qu'un *jus retinendi*, et ne peut le contraindre à travailler pour lui : du moins aucun texte ne fait allusion à ce droit.

3° Mais, à l'inverse, le créancier peut acquérir sur

(1) Aulu-Gelle. *Noct. Att.* XX, 1.
(2) Tab. III, fr. 3.

lui une puissance juridique plus grande que celle du prêteur sur le *nexus* : en effet, l'état du *judicatus*, à la différence de celui du *nexus*, est tout transitoire : Aulu-Gelle, dans le passage cité, nous fait assister à ses différentes phases, telles que la loi des XII Tables les organisait :

A trois jours de marché *(nundinæ)* consécutifs, l'insolvable était amené au Forum, et là, dans le but de provoquer sa libération par sa famille et ses amis, on proclamait son état de *judicatus* et le montant de la condamnation.

Si soixante jours depuis la *manus injectio* se passaient sans paiement, il était *addictus* (1) par un décret du Préteur, et tombait dans le *mancipium* du créancier. Celui-ci, muni désormais sur lui d'une puissance de droit, pouvait alors l'aliéner *trans Tiberim*. Au cas de concours de plusieurs créanciers, les XII Tables, dans une disposition célèbre, leur donnaient le droit de tuer le débiteur et de se partager son corps (2).

(1) D'après une théorie qui trouve un très fort point d'appui dans certains textes, l'*addictio* avait été prononcée dès la *manus injectio* (Tite-Live, VI, 14, 15, 20, 36 : *addictos duci* : or la *ductio* suivait immédiatement la *manus injectio*, qui n'avait d'autre but que de la permettre). Nous nous bornons à signaler cette divergence, sans intérêt pour nous.

(2) L'inhumanité de cette mesure en a fait contester l'existence par quelques auteurs, qui ont prétendu voir dans l'*in partes secanto* des XII Tables, le partage du *patrimoine* du débiteur, et non plus de son corps. Voir notamment, dans ce sens, Heineccius, *Ant. rom.*, 1731, I, lib. 3, c. 30, n° 4 ; et II, p. 151, et Berriat-Saint-Prix, *Obser-*

123. — Cet état du débiteur fut successivement adouci :

Par la loi *Pætilia*, qui défendit de l'enchaîner : le créancier fut donc réduit au droit de *ductio*, tant que l'*addictio* n'était pas intervenue.

Par la loi *Julia*, *de judiciis*, qui permit au débiteur de bonne foi d'éviter l'emprisonnement, et même l'infamie attachée à la *venditio bonorum* (1), par le *juramentum bonæ copiæ* (2) ;

Enfin, par diverses constitutions, qui substituèrent la prison publique à la charte privée, qu'elles défendirent sous les peines les plus sévères (3).

124. — Sauf la survivance de l'*addictio*, qui permettait de réduire le débiteur insolvable à un état voisin de l'esclavage (4), et qui constituait une cruelle atteinte à la liberté individuelle, la situation du débiteur, si dure à l'origine, se trouvait ainsi considérablement adoucie, et l'humanité n'avait plus

vations critiques sur la loi des XII Tables. Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1847, p. 547.

Cette théorie nous semble inadmissible, en présence surtout des textes si formels de Quintilien (*Instit. orat.*, III, 6), de Tertullien *Apolog. IV*) et d'Aulu-Gelle, (*Loc. cit.*).

(1). Gajus, III, 78. — L. 1, C. 1, C. *qui bonis cedere,* VII. 71

(2) On n'est pas d'accord sur l'exacte portée du *juramentum bonæ copiæ ;* nous pensons que c'était l'attestation sous serment, par le débiteur, qu'il croyait pouvoir parvenir à satisfaire ses créanciers.

(3) C. 1, C, *de privat.carcer.*, IX, 5.—C. 23, C, *de episcop. audient.*, I, 4. — C. 12, C, *de oblig. et act.*, IV, 10. — Nov. 134, c. 7.

(4) Quintilien, *Instit. Orat.*, VII, 3, signale les différences entre la situation de l'*addictus* et celle de l'esclave ; son silence sur les droits respectifs du maître dans les deux cas ne permet pas de supposer qu'ils aient pu être moindres dans le premier que dans le second.

rien à réclamer : toujours avec la même restriction, la condition du débiteur à Rome, postérieurement aux actes législatifs que nous venons de signaler, se présentait comme presque identique à celle qui lui était réservée, en France, sous l'empire du Code, avec la contrainte par corps, et que des raisons de sentiment bien plus que de droit, ont fait modifier en 1867, dans un sens peut-être regrettable pour le crédit et la moralité publique.

DE LA PUBLICITÉ

DES

TRANSMISSIONS DE DROITS PERSONNELS

ÉTUDE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS

A MON ONCLE

M. PIERRE THIERRY, *de Gray*

BIBLIOGRAPHIE

I. — ANCIEN DROIT

Bacquet. *Des droits de Justice.* — Choppin. *Coutume de Paris,* Paris, 1663, liv. III, tit. IX. — Coquille. *Coutume de Nivernais,* Paris, 1666, titre *des Exécutions; Institutes coutumières, eod. titul.* — Despeisses. *Œuvres,* Lyon, 1750. — Ferrière. *Commentaire sur la Coutume de Paris,* art. CVIII. — Loysel, *Institutes coutumières.* — Mornac. *Observationes,* Parisiis, 1654. — Pocquet de Livonnière. *Les Règles du Droit Français.* — Pothier. Édition Bugnet, 2e édition, Paris, 1861.

II. — TRAITÉS GÉNÉRAUX

Accarias. *Précis de Droit Romain,* 3e édit. II, nos 640 et seq. — Haubold. *Rom. leges.* — Maynz. *Cours de Droit Romain,* 4e édit., *passim.*

Aubry et Rau. *Cours de Code civil,* 4e édit., IV, § 359 et *bis.* — Carré et Chauveau. *Les Lois de la procédure civile* 3e édit., IV. — Colmet-Daage. *Procédure civile,* 14e édit., II. — Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil,* 2e édit., VII, nos 136 et seq. — Dalloz. *Jurisprudence générale,* vo *Vente* et *passim.* — Demolombe. *Cours de Code Napoléon,* passim. — Laurent. *Principes de Droit civil Français,* 3e édit., XXIV. — Marcadé. *Cours de Code civil,* t. VI, sur les art. 1689 à 1691. — Troplong. *De la Vente,* 3e édit., II, nos 877 et seq.

Alauzet. *Traité de Droit commercial,* III. — Boistel. *Précis de Droit commercial.* — Bravard-Veyrières. *Traité de Droit commercial,* III. — Demangeat. *Droit commercial,* III. — Levasseur. *Traité des Sociétés civiles et commerciales,* I; Lyon-Caen et Renault, *Précis de*

Droit commercial, Paris, 1884. — Massé, *Droit commercial*, 2e édit. III et IV. — Nouguier. *Traité de la Lettre de change*. — Pardessus. *Droit commercial*, 6e édit., II. — Toullier. *Des Lettres de change*.

III. — MONOGRAPHIES (1)

Barilliet. *Revue pratique*, XIII, p. 49-87. — Beudant. *Note* sous un arrêt de la Cour de Cassation, Dalloz, 1878, 1, 241. — Clarard. *Cession de droits successifs*, (Journal du notariat, 17 nov. 1875). — Dard. *Des Saisies-arrêts et de leurs effets*, Paris, 1836. — Flamm. *Revue critique*, III, p. 337-350. - Flandin. *De la Trancription en matière hypothécaire*, Paris, 1861. — Houdayer. *Intransmissibilité et transmissibilité des obligations en Droit Romain; Différents modes de transmission des créances en Droit Français*, Caen, Valin, 1889 (Thèse de doctorat). — Houyvet. *Revue pratique*, XXXI, p. 177-201. — Larnaude. *Etude sur la publicité des Donations*. — Marcadé. *Revue critique*, II, p. 717-726. — Mourlon. *Revue Fœlix*, XV, p. 161 et *Traité théorique et pratique de la transcription*, Paris, 1862. — Pascaud. *Revue critique*, 1878, p. 705 (sur *la clause à ordre en matière civile*). — Roger. *De la Saisie-arrêt*. — Vielle. *Revue critique*, III, p. 113-124. — Villequez. *Revue historique*, VIII, p. 454.

IV. — THÉSES diverses sur la CESSION DE CRÉANCES, signalées dans la BIBLIOGRAPHIE de DRAMARD, n° 2794

(1) Remarque. Les monographies citées comme ayant paru dans les différentes Revues se rapportent toutes à la question très spéciale du conflit du cessionnaire avec deux créanciers du cédant qui ont saisi-arrêté la créance, l'un avant, l'autre après la signification de la cession.

DE LA PUBLICITÉ

DES

TRANSMISSIONS DE DROITS PERSONNELS

ÉTUDE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS

INTRODUCTION

1. La sécurité des transactions est directement intéressée à la publicité des actes destinés à régir l'état de la propriété et celui des personnes.

Qui est propriétaire de tel bien corporel, de telle créance ? Le propriétaire, en le supposant connu, est-il capable d'en disposer ? Dans quelle mesure en a-t-il le droit ? Voilà trois points dont tout intéressé doit pouvoir s'assurer.

D'abord, celui qui veut acquérir des droits sur un bien déterminé : il faut qu'il puisse être certain de traiter avec le véritable propriétaire, afin de ne pas se voir troublé par une action en revendication ou repoussé dans sa propre demande, comme ayant acquis *a non domino*. Il faut qu'il connaisse la capacité de ce propriétaire, afin

d'être sûr de ne pas voir attaquer l'acte qui lui constitue des droits, par une action en nullité pour incapacité. Il faut, enfin, qu'il sache s'il n'existe pas déjà sur l'immeuble une hypothèque, un privilège, une servitude, que la vente ne saurait effacer, — si le bien, soit meuble, soit immeuble, soit corporel, soit incorporel, qu'il entend acquérir, n'est pas sous le coup d'une saisie à laquelle l'aliénation ne pourrait préjudicier ; le tout, afin de ne pas être exposé à la révélation de droits de cette nature, se produisant sous la forme d'une action hypothécaire, d'une action confessoire ou d'une expropriation.

Puis, le débiteur qui veut se libérer valablement : il lui faut savoir à qui payer ; — et le détenteur qui désire purger : il faut qu'il sache à qui notifier.

Tout acquéreur ou concessionnaire de droits réels ou personnels, et tout débiteur, soit personnel, soit *propter rem*, ont donc intérêt à connaître la situation exacte de l'objet du droit et de l'état de son titulaire.

Actes de l'état civil et contrats de mariage ; transmissions de propriété mobilière ou immobilière portant sur des biens corporels ou sur des créances ; établissement de droits réels, il importe donc, au premier chef, que tout cela soit notoire et que tout intéressé puisse en avoir connaissance.

Ainsi se justifie le principe de la publicité.

Ce principe est donc d'une importance capitale dans une Société moderne, basée sur le crédit, dont il est la condition essentielle, nous venons de l'établir.

Nous nous proposons de l'étudier, d'abord d'une manière générale, en lui-même et dans son développement

historique : ce sera l'objet de cette Introduction ; — puis, dans son application spéciale, dans notre droit moderne, aux transmissions de droits personnels.

2. La publicité est née, avons-nous démontré, des besoins du crédit. Ceci explique, à la fois, pourquoi les questions qui y touchent ont, depuis un siècle, passionné à un tel point le monde juridique, et pourquoi cette idée est entrée si tardivement dans le domaine de la science du Droit. A Rome et dans notre ancien Droit, la notion de crédit était peu développée ; celle de publicité était restée absolument étrangère à ces deux législations.

3. Dans le Droit Romain, on ne trouve, à aucune époque, trace de pareille préoccupation : état des personnes, transmissions de propriété, concessions ou transferts de droits réels ou personnels, tout cela était bien entouré d'une certaine notoriété ; mais cette notoriété, qu'au premier abord on pourrait être tenté de prendre pour une publicité rudimentaire, résultait de formes requises pour satisfaire à des principes d'un ordre bien différent. C'est même un fait digne de remarque : Si le principe de la publicité resta de tout temps inconnu des Romains, c'est que l'existence de cette publicité de fait, si insuffisante fût-elle, les empêcha de ressentir dans toute leur étendue les inconvénients du caractère, occulte en droit, des actes translatifs ; surtout si l'on observe que le peu d'activité des transactions à Rome rendait encore moins sensible pour eux l'absence d'une publicité plus complète (1).

(1) Le peu de développement des transactions à Rome est un fait constant ; il s'explique du reste facilement par le mépris où les

Nous devons prouver, maintenant, ce que nous venons d'avancer : à savoir que le principe de la publicité n'était pas connu des Romains, quoi qu'on ait dit.

4. Ainsi, les solennités de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* ont été regardées, pendant quelque temps, comme destinées à rendre publique la translation de propriété qui en est l'objet ; mais il est maintenant établi qu'elles avaient pour but unique de permettre l'aliénation des *res mancipi*, patrimoine indivis et, en droit, inaliénable de la famille ; si donc elles donnaient, en fait, à l'acte translatif une certaine publicité, ce n'est pas à l'intention du législateur qu'il faut en faire honneur.

L'exigence de la remise matérielle dans la *traditio* ne présentait pas davantage le caractère d'une mesure de publicité ; en effet, elle était nécessaire pour la perfection de la translation, même *inter partes* ; on doit y voir seulement une application de ce principe formaliste, familier au Droit Romain, en vertu duquel on n'avait la propriété d'une chose que quand on l'avait à sa disposition, soit par la détention réelle, soit par le moyen d'une action tendant à la recouvrer (1). Il s'ensuivait que la

Romains tenaient le commerce ; par l'inaliénabilité primitive des *res mancipi* et notamment du sol, inaliénabilité dont il resta toujours une trace dans les formalités dont fut entourée plus tard leur transmission ; par le petit nombre des personnes qui pouvaient réellement traiter, toute la famille se trouvant absorbée dans la personnalité de son chef ; enfin, par ce fait, que les Romains se trouvaient directement fournis, par la conquête, de toutes les choses nécessaires à l'existence.

(1) Ce principe, conforme à la présomption de propriété qui accompagne la possession, était entré profondément dans le droit romain : c'est ainsi que, dans la *rei vindicatio*, il ne suffisait pas que cha-

simple convention était insusceptible d'opérer une translation de propriété : « *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* » (L. 20, C. *de Pactis*).

De même que les aliénations, les constitutions de gage, d'hypothèque, de servitudes, soit réelles, soit personnelles, étaient occultes, malgré tous les dangers qui pouvaient en résulter pour les tiers.

5. Si des droits réels nous passons aux droits personnels, point qui nous intéresse plus spécialement, nous constatons le même état de choses : ici encore, même dans le dernier état du Droit, si les cessions de créances reçurent une certaine publicité de fait, c'est par suite de la nature des moyens employés pour opérer le déplacement entre les parties elles-mêmes, et ce résultat ne fut jamais l'œuvre d'une disposition directe et intentionnelle du législateur.

Il est démontré que, de tout temps, les Romains ont considéré comme intransmissibles les droits de créance.

Cette conception, à notre avis exacte en théorie, au moins au point de vue du Droit Romain (1), était mani-

cune des parties affirmât son droit de propriété : il fallait encore qu'elle appuyât sa prétention d'une main-mise effective sur l'objet du litige ; et l'action *ad exhibendum* n'avait pas à l'origine d'autre objet que de rendre possible cette *manuum consertio*. Le mot par lequel les Romains exprimaient anciennement l'idée de puissance, *manus* ; le mot *potestas*, qui lui a succédé dans le même sens, et que les jurisconsultes faisaient dériver de *posse*, confirment encore l'existence du principe auquel nous faisons remonter l'élément matériel de la tradition.

(1) Elle a été l'objet de vives attaques. A la vérité, elle ne supporte pas l'examen si on se place sur le terrain de la philosophie du droit,

festement contraire aux nécessités de la vie pratique.

Néanmoins, les Romains, selon leur habitude, conservèrent le principe et se contentèrent d'en corriger peu à peu les inconvénients en cherchant, dans les ressources que leur offrait leur droit, l'équivalent d'une cession défendue par la voie directe.

et si l'on cherche à l'expliquer, comme le firent les jurisconsultes romains, par une subtile analyse de la nature de l'obligation, et par une exagération évidente de son caractère de droit *personnel*: c'est une idée bien trop abstraite pour expliquer un principe qui remonte à l'enfance du droit romain.

Nous ne pensons pas qu'on puisse davantage l'expliquer par l'intérêt qu'avait, à l'origine, par suite de la dureté des voies d'exécution, le débiteur à ne pas voir changer le créancier qu'il s'était donné : il eût suffi de n'autoriser la cession que si le débiteur y eût consenti ; d'ailleurs, en admettant que ce fût là la véritable base de l'intransmissibilité des créances à Rome, ce motif ayant disparu avec les rigueurs du *nexum*, il eût dû en être de même de l'effet. L'esprit conservateur des anciens Romains ne suffit pas alors pour expliquer la persistance de cette conséquence du *nexum*, alors que toutes les autres disparaissaient, effacées avec soin.

C'est ailleurs, croyons-nous, qu'il faut chercher l'explication de l'intransmissibilité des créances à Rome : c'est dans une idée à la fois très simple et très romaine : il faut, à notre avis, y voir une conséquence de l'exigence de la tradition pour la perfection des aliénations : la tradition, fait matériel, était impossible pour les créances, à raison de leur nature incorporelle : la cession de ces droits, elle-même, le devenait par suite.

L'intransmissibilité des créances, notion abstraite en apparence, n'a donc été, suivant nous, qu'une application intuitive, forcée, de ce principe général, par les anciens Romains, toujours si logiques.

Cette manière de voir se fortifie si l'on remarque que, dans notre ancien Droit, où le principe de la nécessité d'une tradition continua d'être en vigueur, la signification des transports était regardée comme l'équivalent d'une tradition impossible sous sa forme ordinaire, matérielle.

Enfin, elle a l'avantage de faire rentrer les droits personnels dans la théorie générale des translations en Droit Romain, et d'être ainsi en conformité avec l'admirable caractère d'unité de ce droit.

Le premier procédé qu'ils employèrent fut la stipulation novatoire ; mais elle présentait le double inconvénient d'exiger le consentement du débiteur et de faire évanouir les sûretés accessoires.

Ils eurent alors recours à un expédient de procédure basé sur les effets de la *litis contestatio*. On sait que la théorie de la représentation, telle que nous la comprenons aujourd'hui, ne fut admise que très tardivement à Rome, et longtemps le mandataire dut agir en son propre nom. Le bénéfice de l'action (nous supposerons qu'il agit au nom d'un créancier), devait donc naître en sa personne. Dans ce but, on faisait figurer dans l'*intentio* de la formule le nom du mandant, puisque c'était son droit qui était déduit : et, dans la *condemnatio*, celui du mandataire, puisque c'était en sa faveur qu'elle devait être prononcée. La *litis contestatio* survenant, le droit du mandant s'éteignait et la condamnation rendait le *procurator* créancier : il ne lui restait plus qu'à rendre compte au mandant et à lui retransférer le bénéfice de l'action.

Supposons un créancier voulant céder son droit à un tiers, il l'instituera son *procurator* avec dispense de rendre compte ; l'action intentée, le bénéfice en restera, d'une manière définitive, au cessionnaire.

Les effets d'une véritable cession étaient ainsi obtenus par voie indirecte.

Mais ce procédé présentait de graves inconvénients : Son effet ne devenait définitif que par la *litis contestatio ;* jusque-là, le mandat sur lequel reposait le droit du cessionnaire restait, en cette qualité, soumis à toutes les

causes de révocation du droit commun : mort des parties, nouvelle disposition de la créance par le créancier, resté propriétaire jusque-là. De plus, les exceptions nées de son chef étaient opposables au cessionnaire : par exemple, l'exception péremptoire résultant du paiement.

Et qu'on n'objecte pas la possibilité, pour le cessionnaire, d'échapper à ces dangers en intentant immédiatement l'action, et en obtenant ainsi, par la délivrance d'une formule à son nom, l'effet de la *litis contestatio*, la fixation du droit en sa personne ; — quitte à suspendre les poursuites après avoir obtenu ce résultat, le seul cherché pour le moment. On l'a soutenu, mais sans remarquer que l'action ne pouvait, sans imprudence, être intentée avant l'échéance ; le créancier eût encouru la peine de la *plus petitio tempore* ; ce danger se présentait toutes les fois que la créance cédée n'était pas encore exigible, c'est-à-dire, en fait, dans la très grande majorité des cas.

Il y avait donc deux graves dangers à ce que le cessionnaire dût attendre la possibilité d'intenter l'action pour voir le droit se fixer sur sa tête ; jusque-là son droit, simple mandat, était révocable et le débiteur pouvait opposer au cessionnaire les exceptions nées du chef du cédant.

Un troisième système, plus perfectionné, mais qui ne fut que la résultante d'une série d'améliorations, remplaça le second, dont nous venons de voir le caractère défectueux.

On remédia au premier des dangers signalés en concédant au cessionnaire une action utile, ce qui, par

l'attribution d'un droit propre, le mit à l'abri d'une révocation et rendit son droit définitif.

Quant au second, une pratique qui s'était introduite peu à peu, et qui reçut enfin la sanction impériale, vint permettre d'y échapper : on avait fini par rendre le débiteur responsable de son dol envers le cessionnaire. Le dol était ici le fait d'avoir, malgré la connaissance du mandat-cession, payé au cédant ou conclu avec lui des conventions tendant à éteindre ou à diminuer la créance. Il était aisé d'établir le fait du paiement ou celui de la convention, mais la difficulté résidait dans la preuve de la connaissance de la cession par le cédé. On imagina de lui donner à la fois cette connaissance et d'en permettre la justification d'une manière indéniable, par la *denuntiatio*, dont nous allons avoir à étudier, dans un instant, la nature et le but.

Le créancier était ainsi protégé contre les actes frauduleux du débiteur. Restait à l'affranchir des exceptions qui, sans le fait et par conséquent sans le dol du cédé, naîtraient au profit de ce dernier du chef du cédant. On en vient facilement à décider que, nées postérieurement à la *denuntiatio*, elles seraient inopposables au cessionnaire : ce dernier ne pouvant plus, de ce moment, voir invoquer contre lui que les exceptions à lui personnelles. Il suffit, pour cela, d'exagérer un peu l'assimilation que nous venons de voir existant sur les autres points entre la *denuntiatio* et la *litis contestatio*, et de l'étendre au cas actuel, ce qui ne fit aucune difficulté.

Les effets d'une cession étaient ainsi obtenus du jour de la *denuntiatio;* il y eut donc, désormais, identité

entre les résultats obtenus par les deux procédés, avec cet avantage au profit de la *denuntiatio*, qu'elle intervenait au gré du cessionnaire, sans que la dette fût nécessairement exigible, et moyennant l'accomplissement d'une formalité facile à remplir.

Cette identité absolue des effets a poussé nombre de bons esprits (1) à identifier également les causes. La *denuntiatio*, introduite sous le Haut-Empire, ne serait autre chose que l'application, à un cas spécial, de la *litis denuntiatio*, nouveau mode d'introduction d'instance dû à Marc-Aurèle, et destiné à produire par lui-même les effets de la *litis contestatio* : nom, conséquences, tout est commun. On ajoute que rien n'est plus conforme au génie romain que cette parcimonie de moyens, cette adaptation d'une même mesure à des situations très diverses ; d'autant plus que l'adaptation n'a ici absolument rien que de très naturel.

Sans vouloir discuter à fond cette question, nous ne pouvons nous en désintéresser ; la *denuntiatio* est, en effet, l'antécédent du mode normal de publicité sous notre droit, la *signification*. Nous essaierons donc de prouver, sans entrer dans tous les détails, que la *denuntiatio* était, quoi qu'en disent les partisans de la doctrine adverse, une institution différente de la *litis denuntiatio*.

D'abord, comme on l'a fort bien démontré, tandis que les effets de la *denuntiatio* étaient les mêmes que ceux de la *litis contestatio*, il est inexact de soutenir l'exis-

(1) Voir cette théorie, soutenue avec une vigoureuse concision par mon ami, M. Houdayer, dans sa thèse de Doctorat ; *De l'intransmissibilité des Créances en Droit Romain* (Caen, 1889), p. 58-59.

tence de la même identité entre les effets de la *litis contestatio* et ceux de la *litis denuntiatio*. Certes, la plupart des résultats leur sont communs, mais il en est un, au moins, et des principaux, qui, spécial à la *litis contestatio* (et s'étendant, par suite, à la *denuntiatio*), n'a pas d'équivalent dans la *litis denuntiatio*; nous voulons dire la détermination définitive de l'objet de la sentence et des personnes pour et contre lesquelles elle sera rendue. Ces éléments réels et personnels du débat pouvaient varier même après la *litis denuntiatio*. Cette différence capitale établie, l'argument de fond sur lequel s'appuyait le système adverse lui fait défaut.

Que reste-t-il ? Un argument de moralité : l'éloignement des Romains pour la multiplication des moyens. Mais ce dernier argument tombera de lui-même si nous pouvons démontrer qu'il existe une autre institution (1) dans les applications de laquelle elle doit être bien plutôt placée, tant par l'identité, parfaite ici, de dénomination, que par celle des résultats cherchés : la *denuntiatio* (2), sans adjonction d'un complément direct était, en effet, une pratique familière aux Romains (3) : ils y recou-

(1) Que les *denuntiationes* dont nous allons parler fussent différentes de la *litis denuntiatio*, c'est ce que personne ne conteste ; la démonstration en résultera à l'évidence des cas d'application que nous allons en citer, et qui ne touchent jamais, même de loin, à une instance; enfin ces institutions existaient antérieurement à celle de la *litis denuntiatio*, ce qu'il serait facile de prouver.

(2) On trouve aussi *renunciatio* (L. 29, § 2, D. XXI, 2).

(3) Nous ne voulons citer que les exemples suivants :

1° *Denuntiatio* au cas d'éviction : l'acquéreur à qui sa propriété était contestée devait porter ce fait à la connaissance du vendeur, afin que ce dernier pût le défendre ; faute de quoi il était censé

raient chaque fois qu'il existait un fait intéressant les tiers et utile à porter à leur connaissance de manière que cette notification donnât une certitude légale et pût être facilement prouvée (1). Or, n'est-ce pas le but même

avoir perdu le procès par sa faute, et déchu du droit aux actions *ex empto* et *ex stipulatu duplæ* (LL. 29, § 2—55, § 1 — 63, *pr.* D. *De evict.* XXI, 2,

2° *Denuntiatio novi operis*, destinée à empêcher un tiers de bâtir ou de démolir avant qu'une question de servitude fût judiciairement réglée (D. XXXIX, 1, *le titre entier*).

3° Lorsqu'une femme divorçait étant en état de grossesse, elle devait, pour que la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant* continuât à protéger l'enfant dont elle était enceinte et à lui assurer le bénéfice de la légitimité, notifier son état au mari par un acte que nous voyons qualifier encore *denuntiatio*, afin que le mari, averti, pût prendre l'ensemble des précautions organisées par ce titre dans le but d'éviter une supposition d'enfant : L. 1, § 1. *De agnosc. vel alendis liberis.* D. XXV, 3.

4° Enfin, et cet exemple de la *denuntiatio* est le plus frappant de tous, à notre point de vue, car elle s'y appliquait à une hypothèse absolument analogue à la nôtre : Quand une créance était mise en gage, il fallait que la convention de gage fût notifiée au débiteur pour pouvoir lui être opposée : or, on sait l'analogie profonde, identité à l'origine, qui a rapproché, à Rome, le gage et l'aliénation, et qui a persisté, nous le verrons, jusque dans notre Code. L. 4, C. *quæ res pignori*, VIII, 17.

La synonymie, que nous avons fait ressortir à la note précédente, des mots *denuntiatio* et *renuntiatio*, nous permet d'invoquer, à l'appui de notre thèse, un dernier exemple : Le fragment de la table d'Héraclée nous apprend que le débiteur qui avait juré *bonam copiam* afin d'échapper aux rigueurs de l'*addictio* par la cession de biens, était exclu des fonctions municipales. Or, cette loi qualifiait *renunciatio* l'acte par lequel le débiteur signifiait à ses créanciers son intention de jurer *bonam copiam* : QUEI. SPONSORIBUS. CREDITORIBUS. VE. SUEIS. RENUNCIAVIT. RENUNCIAVERIT. SE. SOLDUM. SOLVERE. NON. POSSE..... (Tab. Héraclée ; Haubold, *Rom. leg.* pag. 123-124).

(1) Nous déduirons de la fonction de la *denuntiatio*, qu'elle dut probablement être faite par une personne revêtue d'un caractère public, donnant à ses actes une espèce d'authenticité ; cet acte était sans doute réservé aux *apparitores*, ancêtres de nos huissiers.

de la *denuntiatio* en matière de cession de créances, ainsi qu'il ressort de nos précédentes explications ? On ne peut donc nous reprocher de créer, arbitrairement, une institution nouvelle : nous ne faisons qu'appliquer une disposition préexistante, d'une portée générale, et régissant, sous le même nom, des situations absolument analogues à la nôtre.

Enfin, notre démonstration sera surabondante, si nous remarquons que la *denuntiatio* des cessions de créances, comme, d'ailleurs, les autres *denuntiationes*, ses sœurs, recevait encore asile aux Pandectes et au *Code* de Justinien, à une époque où la *litis denuntiatio* était déjà remplacée par le *libellus conventionis*. Rien ne montre mieux la différence des deux institutions confondues par le système adverse et l'identité de celles que nous nous proposons de rapprocher.

Nous avons ainsi suivi tous les progrès du Droit romain dans la cession des créances ; et l'étude de cette lutte entre les nécessités de la vie pratique et un principe inexact en soi, auquel les Romains, avec leur ténacité ordinaire, restaient fidèles *quand même*, cette étude, qui est loin d'être dépourvue d'intérêt, nous a rendu témoin de l'évolution suivante :

Les créances, instransmissibles à l'origine, en fait comme en droit ;

Puis, rendues cessibles, en fait, par des modes détournés, d'abord très rudimentaires ;

Enfin, ces modes se perfectionnant, la cession devenue parfaite *consensu* : parfaite, puisqu'il ne dépendait plus désormais du cédant de l'anéantir, le cessionnaire étant

investi d'une action directe ; *consensu*, puisque le mode employé conservait le caractère d'un mandat : le tout sous la condition de l'accomplissement de la *denuntiatio*.

Chose digne de remarque ! La simple volonté suffisait à déplacer les créances, malgré le préjugé préexistant de leur intransmissibilité ; tandis que la tradition matérielle restait exigée pour la perfection des aliénations de biens corporels, aliénations dont la possibilité ne fut jamais mise en doute !

Quoi qu'il en soit, pas plus pour les cessions de créances que pour les translations de propriété corporelle, nous ne trouvons le germe de l'idée d'une publicité : la *denuntiatio* elle-même, bien que la réalisant en fait, n'ayant d'autre but que de tourner un principe incommode et suranné.

Notre démonstration est donc faite en ce qui concerne le Droit romain.

6. Le principe de la publicité n'était pas connu davantage dans notre ancien Droit (1).

(1) Cependant, comme en Droit Romain, une publicité de fait résultait quelquefois des formalités exigées dans un autre but.

Ainsi, l'état civil des personnes recevait une notoriété, assez insuffisante, du reste, de la tenue des registres de paroisse ; mais c'était l'administration des Sacrements de baptême et de mariage et les inhumations dont il contenaient la relation : le moment du mariage seul était donc connu avec précision, ses effets civils résultant alors de sa célébration religieuse ; enfin l'état civil des non-catholiques restait clandestin.

Dans les coutumes dites *de nantissement*, les formalités des *œuvres de loi*, consistant en une investure symbolique de l'acquéreur par le seigneur, aboutissaient à une certaine publicité ; mais elles étaient d'origine féodale et organisées dans un but purement fiscal : et les *œuvres de loi* furent même réduites, dans certaines de ces

En effet, la règle : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, y avait été conservée dans la formule même que lui avait donnée la loi 20, C., *De Pactis*, avec l'esprit et les conséquences de la réglemention qu'elle comportait en Droit romain, c'est-à-dire avec le caractère d'une exigence formaliste.

7. Cette règle continua d'abord de gouverner les aliénations de biens corporels.

8. Elle reçut même, par extension, une application nouvelle.

Notre ancienne législation considéra, avec raison, que les créances ne sauraient rester un élément indisponible et immobile de notre patrimoine. Elle imagina pour elles

coutumes, à une inscription sur les registres du greffe : cette inscription même, malgré son apparente analogie avec l'inscription actuelle des hypothèques et la transcription des aliénations entre vifs, héritait du caractère purement formaliste du *west-dewest* qu'elle était destinée à suppléer.

Même observation pour le régime de l'*appropriance*, prévu par l'art. 269 de la Coutume de Bretagne.

Enfin, l'insinuation des donations elle-même ne répondait pas, nous semble-t-il, à une idée de publicité. Empruntée au Droit Romain, où elle complétait le système de la loi *Cincia*, elle conserva le caractère qu'elle avait eu à l'origine ; elle était, avant tout, destinée à restreindre les libéralités, en même temps, du reste, qu'elle assurait la conservation et la sincérité de l'*instrumentum* qui les constatait. De ce double but, nous trouvons la preuve : pour le Droit Romain, dans ce fait que l'insinuation était une condition d'existence des donations même entre les parties, le donateur lui-même pouvant en invoquer le défaut : pour le Droit Ancien, dans l'extension du contrôle aux dispositions testamentaires (édit de décembre 1703, dit *Edit des insinuations laïques*.) M. Larnaude, au contraire (*Etude sur la publicité des donations*, p. 36), y voit un système de publicité.

(et ce fut l'œuvre de la pratique) (1), une quasi-tradition, comme le Droit romain avait déjà consacré, pour les droits incorporels, le principe d'une quasi-possession.

C'est ce que nous explique Pothier, en son traité « Du Domaine de propriété (2). »

« Les choses incorporelles n'étant pas susceptibles de possession, puisque la possession consiste dans la détention corporelle qu'on a d'une chose, c'est une conséquence qu'elles ne sont pas non plus susceptibles de tradition, la tradition n'étant autre chose qu'une translation de possession. Néanmoins, comme, à défaut d'une possession proprement dite, on reconnaît une espèce de quasi-possession des choses incorporelles, laquelle consiste dans l'usage qu'on en fait, il faut aussi avoir une espèce de quasi-tradition des choses incorporelles.....

A l'égard des créances, lorsque quelqu'un m'a fait une cession ou transport d'une créance, la tradition ne peut s'en faire que par la signification que je fais faire de mon acte de transport à celui qui en est le débiteur. »

La signification : tel est, en effet, le mode de prise de possession, d'acte de maîtrise qu'avaient adopté les coutumes :

« Un simple transport ne saisit point, et faut signi-

(1) On doit voir dans cette importante innovation une coutume introduite peu à peu dans les mœurs, sous l'influence des besoins de la pratique, et non le résultat d'une réforme consciente et scientifique. Néanmoins, il convient d'y voir le principe d'une quasi-tradition, car c'est par cette explication que la justifièrent théoriquement les jurisconsultes contemporains, et c'est à ce titre qu'elle eut cours dans le monde juridique.

(2) IX, nos 214 et seq.

fier le transport à la partie, et en bailler copie, avant que d'exécuter. »

Ainsi s'exprime la Coutume de Paris, dans son article 108, reproduisant presque l'article 170 de la première rédaction.

Les Coutumes de Calais (tit. XII, art. 224), — de Clermont (tit. VI, art. 55), — de Saintonge (tit. V, art. 42), — de Mantes (ch. v, art. 90), contenaient des dispositions analogues.

C'était donc le droit commun en France.

Quelques rares coutumes, cependant, en décidaient différemment :

Dans celles de Melun (art. 310 et 311) et de Blois (art. 263, ce texte que Dumoulin qualifiait : *valde ineptus*), il fallait se munir d'un exécutoire avant que d'agir : c'était la même décision qu'en Droit romain.

La Coutume de Bourbonnais, au contraire (art. 127), plus audacieuse même que notre Code actuel, admettait la validité du transport *solo consensu*, à l'égard même des tiers ; il suffisait donc d'en justifier : simple question de preuve.

La signification du transport au débiteur cédé investissait donc le cessionnaire, comme la tradition rendait propriétaire l'acquéreur : l'assimilation est signalée à maintes reprises dans nos anciens auteurs :

Davot, cité par Loysel (1) : « Telle signification tient lieu de prise de possession. »

Pocquet de Livonnière (2) : « Les obligations et autres

(1) Liv. III, tit. 1, règle 10.
(2) Liv. II, tit. 2, règle 7.

meubles incorporels ne sont pas réputés sortir des mains du possesseur par un simple transport, s'il n'est signifié. »

Ferrière (1) : « ... La cession ou transport ne rend pas le cessionnaire *possesseur* et *maître* du droit cédé, qu'après qu'il a été signifié, *la signification ayant effet de prise de possession.* »

Coquille (2), après avoir traité des ventes des biens corporels : « quant au cessionnaire, parce que les actions ne passent pas franchement à lui, la coutume requiert que le debiteur soit certioré de la cession. »

De même Pothier insiste en divers endroits sur cette comparaison (3), que faisaient ressortir maints autres auteurs (4).

La signification pouvait, d'ailleurs, être suppléée par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique (5).

Les auteurs cités indiquent très nettement que le cédant reste, jusqu'à la signification, propriétaire exclusif de la créance ; jusque-là, il peut la toucher, la céder de nouveau ; ses créanciers peuvent exercer sur elle saisie-arrêt ou arrêt simple ; les exceptions qui naissent du chef du cédant sont opposables au cessionnaire — sauf le recours de ce dernier contre le cédant, débiteur personnel de la garantie.

Et réciproquement, jusqu'à la signification, le cession-

(1) Sur l'art. 108 de la Coutume de Paris, n° 1.

(2) Sur la Coutume de Nivernais, tit. *des Exécutions*. art. 1, p. 338, et Institutes coutumières, *eod. titul.*

(3) *Loc. cit.* et *Introd. générale des coutumes*, I, n° 104 ; III, n° 554.

(4) Choppin. Coutume de Paris, liv. III, tit. 9, n° 18. — Bacquet. *Des Droits de Justice*, ch. XXI, n° 288. — Mornac. Ad lib. 1, *de oblig.*

(5) Pothier. I, n° 104 ; IX, n° 214 ; X, n° 513.

naire est sans droit sur la créance : il ne peut recevoir paiement ; les exceptions nées de son chef avant la signification ne lui seront pas opposables après ; ses créanciers ne pourront saisir une créance qui n'est pas la sienne, et, s'il l'aliénait à un sous-cessionnaire, ce serait la vente de la chose d'autrui, valable, du reste, d'après la législation de l'époque.

Au contraire, la signification était-elle intervenue? Les résultats inverses se produisaient : le cédant perdait tout droit sur la créance, et le cessionnaire acquérait la propriété exclusive.

Il faut enfin remarquer que, dans l'opinion généralement admise et suivie par le Châtelet de Paris, rien ne pouvait suppléer la signification ou l'acceptation : la connaissance de fait que les tiers pouvaient avoir acquise de la cession ne pouvait leur être opposée : car, jusque-là, la convention de transport était constitutive de la simple obligation personnelle de transmettre la propriété, donc ne pouvait, même à ce titre, avoir d'effet qu'entre les parties : par l'accomplissement seul des formalités de la quasi-tradition, c'est-à-dire de la signification, la propriété était déplacée, de même que la tradition d'une chose corporelle pouvait seule en emporter aliénation.

9. Chose singulière ! Les effets de l'acceptation ou de la signification sous le Code sont, nous le verrons, presque partout les mêmes que dans l'ancien droit : et pourtant les deux législations, sur ce point, procèdent de principes bien différents.

La signification ou l'acceptation constitue, dans notre droit, une mesure de publicité, exigée dans l'intérêt des

tiers : c'est le fait d'une législation avancée, conforme aux besoins d'une civilisation moderne.

Dans l'ancien droit, au contraire, elle équivalait à une mise en possession dont l'exigence répondait à un principe suranné, à une idée toute formaliste : elles étaient nécessaires pour la perfection de la cession même entre les parties, comme du reste, la tradition pour les biens corporels. Mais alors, — et voici ce qui explique la concordance des effets, — puisque dans notre ancien droit, l'idée de publicité ne s'était pas encore fait jour, la cession parfaite entre les parties devait l'être, sans aucune autre formalité, à l'égard des tiers, que ces tiers en fussent ou non informés. Comme, d'autre part, le fait translatif entre les parties était identiquement le même que la publicité organisée par notre Code pour rendre la cession opposable aux tiers, la similitude d'effets que nous remarquons devait fatalement se produire.

10. Le principe qui gouvernait les aliénations dans l'ancien droit était donc l'exigence absolue d'une tradition : cette tradition consistait en une remise matérielle pour les objets corporels, et elle était effectuée, en ce qui concerne les créances, par une signification ou par l'acceptation du débiteur.

Ce principe ne se conserva pas dans toute sa pureté.

Pour les aliénations de biens corporels, meubles ou immeubles, on en vint peu à peu à regarder comme inutile et superflue la tradition réelle de l'objet et à introduire dans les contrats de vente des clauses en dispensant (1).

(1) C'est dans la seconde rédaction des coutumes que nous trou-

Voici comment on en vient à les admettre :

On avait commencé par décider que la remise matérielle, la prise de possession effective, n'était pas indispensable, et par emprunter au Droit romain certains modes abrégés de tradition :

La *tradition symbolique* (1), résultant, par exemple, pour un immeuble, de la remise de la clef.

La tradition de *longue main* (2), appelée aussi *montrée* dans notre ancien Droit, prise de possession *oculis et affectu.*

Ces deux espèces de *tradition feinte*, comme on les appelait, furent admises de très bonne heure, à raison de leur commodité ; elles le furent d'autant plus facilement qu'elles respectaient le principe ; la chose était, en effet, à la disposition de l'acquéreur : que fallait-il de plus?

Mais alors, il fallait aller plus loin et dispenser les parties d'une tradition effective quand l'acheteur était déjà en possession à titre précaire : par exemple, lorsqu'une

vons la première trace de ces clauses : elles apparaissent dans la Coutume de Calais refondue, tit. XII, art. 224 : « Simples dons, cessions et transports ne saisissent les donataires, s'il n'y a appréhension de fait, rétention d'usufruit, ou (ajouté par la nouvelle rédaction), *clause translative de possession, comme constitut, précaire ou autre.* » Remarquons que, conformément aux autres coutumes, ces clauses ne s'appliquent, malgré l'apparente généralité de l'innovation apportée par la fin de l'article, qu'aux donations ou cessions de biens corporels.

(1) Pour le droit Romain, Instit. liv. II, tit. 1, § 45. *De rerum divisione*, L, 74. D. *De contrahendâ emtione*, XVIII, 1. — Pour l'Ancien Droit, Pothier. I, n° 103, *Introduction générale* ; Cf, Code civil, art. 1603 à 1608.

(2) Pour le Droit Romain, L, 79, D. *De solut.* XLVI, 3. — Pour l'Ancien Droit, Pothier. *Loc. cit.*

maison était vendue au locataire déjà en jouissance, la remise de la chose était alors d'une inutilité flagrante. L'interversion de la possession par le seul effet de la volonté devait alors suffire.

Ce fut la *tradition de brève main.*

Ce progrès en entraîna un autre : supposons que deux personnes soient d'accord, l'une pour vendre un immeuble ou un meuble et le prendre immédiatement après à bail de son nouveau propriétaire, — l'autre pour acheter ce bien et le relouer immédiatement à son vendeur : une double tradition était ici nécessaire : la première pour transférer la propriété à l'acheteur, la seconde pour accomplir, à l'égard du locataire, l'obligation de délivrance. Comme, par suite de ce circuit, le bien devait revenir aux mains du vendeur, qui le détenait à titre de propriétaire et qui devait le recevoir à titre de locataire, dans une pensée de simplification, on dispensa les deux parties de cette double livraison et on admit que la simple convention suffirait, ici encore, pour intervertir la possession ; le vendeur, par suite de cet accord, ne détenant plus qu'à titre précaire, au nom de l'acheteur : ce furent les clauses de *constitut possessoire* et de *précaire.*

Le simple accord des volontés avait ainsi le pouvoir de conférer la possession *animo domini* ; le seul consentement suffisait pour transporter la propriété à qui ne possédait pas encore, même à titre précaire : on devait logiquement finir par admettre qu'une simple clause insérée dans le contrat de vente était suffisante pour dépouiller le vendeur, donner la possession à l'acheteur et opérer ainsi translation, sans qu'il fût besoin d'une

tradition réelle ni feinte. La validité de la clause de *dessaisine-saisine* fut ainsi reconnue.

Ainsi fut fait le premier pas dans la voie de la consensualité des contrats translatifs, où le Code devait, plus tard, s'engager résolument.

Les créances eussent dû participer à cette innovation et la clause de *dessaisine-saisine* être admise dans leur cession : il n'eût été que logique de permettre aux parties de se dispenser, dans la cession, de formalités requises seulement à titre d'équivalent de la tradition, alors que, dans la vente, elles pouvaient s'exonérer de la tradition elle-même !

Il n'en fut rien : la signification ou l'acceptation continua d'être exigée (1) sans que la clause de *dessaisine-saisine* pût la suppléer. Les nécessités de la pratique commerciale firent néanmoins admettre un tempérament à ce principe vivace : vers la fin du XVI[e] siècle apparut la *clause à ordre*, permettant de transférer la propriété des effets de commerce par un simple endossement. Etienne Clairac (2) est, croyons-nous, le premier auteur où on en rencontre la mention; il écrivait en 1569. Savary (3) en fait remonter, à tort, par conséquent, la

(1) Ce fait, anormal au premier abord, s'explique peut-être par une double considération : la quasi-tradition des créances était une formalité moins gênante que la remise matérielle ; aussi l'usage s'y était-il plié facilement, et la notification obligatoire put subsister là où la tradition effective n'était plus de rigueur ; d'autant mieux que l'on avait un peu perdu de vue, dans la pratique, le lien étroit qui, à l'origine, avait rattaché ces deux institutions.

(2) *Us et coutumes de la mer*, ch. V, n[os] 4 et seq.

(3) *Parfait négociant*, parère 82, t. 2, p. 602.

date seulement à l'année 1620. L'ordonnance de 1673, art. 23 et 24, vint enfin réglementer son usage et ses effets.

Ces innovations durent paraître suffisantes, car elles s'arrêtèrent là et l'on vit cette anomalie singulière : les créances continuant à ne pouvoir être transférées que par une notification, image d'une tradition qu'on n'exigeait plus pour l'aliénation des objets corporels.

11. — De cet historique, nous dégagerons les conclusions suivantes; elles nous serviront de règles directrices dans l'étude, que nous nous sommes proposée, du principe de la publicité sous le Code civil, dans son application aux cessions de créances :

Le transport de créances, tel qu'il se conçoit aujourd'hui, n'a aucun rapport avec ce qui en tenait lieu sous le Droit Romain.

L'ancien Droit, au contraire, nous sera souvent d'un grand secours, et nous pourrons, à l'occasion, tirer légitimement de ses dispositions un argument historique d'un grand poids : en effet, il aboutissait et il devait aboutir, nous venons de le démontrer, à des conséquences identiques, sauf sur un point. Aussi le législateur s'est-il, dans l'art. 1690, visiblement inspiré des dispositions de l'ancien Droit.

12. — Voyons, maintenant, pour compléter ces notions préliminaires, comment le principe de la publicité — nous voulons dire un principe ayant en vue directement le crédit public, et non pas atteignant par hasard un résultat analogue, comme nous avons eu plusieurs fois occasion de le signaler dans cette introduction, — voyons

maintenant, disons-nous, comment ce principe s'est fait jour au point de devenir l'un des plus importants que le Code ait sanctionnés.

Colbert, le premier, tenta de le faire admettre en matière hypothécaire, par son édit de mars 1673; mais il échoua devant l'opposition des grandes familles, dont le crédit était ainsi ruiné, et l'édit, à peine promulgué, fut rapporté.

L'ordonnance de 1747 sur les substitutions, due au chancelier d'Aguesseau, dans ses articles 18, 19 et 24, organisa enfin un système viable de publicité. Ce document législatif trop peu remarqué, fut le point de départ du système actuel tout entier : les articles 1069 et 1070 du Code, notamment, lui sont presque textuellement empruntés.

Cette application toute spéciale de notre principe, ne devait pas tarder à se généraliser.

Le XVIII[e] siècle, sur sa fin, travaillé par l'esprit philosophique cherchait avec ardeur la solution du problème social ; une école brillante d'économistes, dégageant avec toute sa portée le principe que nous avons posé au début de cette étude, indiqua le crédit comme la base essentielle de la prospérité d'une nation moderne, et, comme condition du crédit, la propriété fortement constituée : or, elle ne pouvait l'être que par l'organisation d'une publicité rationnelle.

Les lois s'emparèrent alors de cette idée, et en déduisirent les conséquences :

Entre les parties, rien ne fut changé : la tradition, soit réelle, soit fictive, continua d'être exigée.

Quant aux tiers, qu'aucune formalité, qu'aucun signe extérieur obligatoire n'avertissait plus, depuis l'admission de la clause de *dessaisine-saisine*, il fallut à leur égard de nouvelles dispositions organisées dans un but de publicité.

La transition se fit, du reste, sans difficulté : le législateur n'eut, le plus souvent, qu'à modifier, en les appropriant au nouveau principe, des institutions déjà existantes et produisant des effets analogues à ceux qu'il se proposait d'atteindre.

Nous pouvons citer notamment les lois suivantes :

Loi du 9 messidor an III, sur la publicité des hypothéques et la mobilisation du crédit, inexécutée, du reste, dans la seconde partie, où elle dépassait le but.

Loi du 11 brumaire an VII sur la publicité des hypothèques et sur la transcription des mutations entre vifs de la propriété immobilière.

Loi du 18 germinal an X, art. 54, sur les actes de l'État civil.

Cependant les aliénations de meubles, et notamment de créances, restaient soumises à la législation antérieure : c'est-à-dire que, pour les créances, la signification du transport continua d'être exigée pour qu'il opérât translation même entre les parties ; tandis que, pour les ventes de meubles corporels, la tradition restait bien obligatoire en principe, mais on pouvait y suppléer par les clauses de *précaire*, de *constitut*, de *dessaisine-saisine*.

13. — En 1804 le Code parut.

Il établit enfin, nettement, le principe de la perfection des contrats translatifs par le seul consentement.

Mais, dans certains cas où l'effet du contrat doit nécessairement rejaillir contre les tiers, ce qui présente pour ces tiers un danger particulièrement grave, il a exigé, pour les protéger, la publicité, qu'il a organisée de différentes manières.

Nous en sommes donc arrivés à cette solution de principe qui paraît absolument satisfaisante :

Entre les parties, c'est-à-dire entre les contractants et ceux qu'ils représentent, la convention produit effet par la seule rencontre des volontés; entre eux la propriété est transférée *consensu* : art. 711, 1130, 1583.

A l'égard des tiers, cet effet est suspendu jusqu'à l'accomplissement de formalités protectrices pour leurs intérêts : jusque-là ils peuvent traiter en toute sécurité avec l'aliénateur, resté propriétaire vis-à-vis d'eux. Ils n'ont qu'à conserver eux-mêmes les droits par eux acquis.

Malgré la netteté de ces principes, le Code n'en a pas fait une application bien satisfaisante, et il a fallu que diverses lois vinssent compléter ses dispositions un peu sommaires.

Le Code avait bien conservé la publicité des hypothèques, et l'avait organisée sur une base raisonnable ; — de même que celle des actes de l'état civil ;

Pour les aliénations d'objets mobiliers corporels, les dispositions des art. 1141 et 2279 donnaient bien aux tiers des garanties suffisantes, en mettant à l'abri d'une éviction l'acquéreur ou le créancier gagiste qui a la possession ;

Les donations de biens immobiliers susceptibles d'hypothèque restaient bien soumises à la transcription ;

Mais, sur le point le plus important de tous, il y eut certainement recul sur la législation antérieure : les translations à titre onéreux de la propriété immobilière redevinrent occultes : pour les aliénations, constitutions d'usufruit, d'antichrèse, d'usage, d'habitation, la transcription créée par les lois intermédiaires disparut (1), et il fallut attendre la loi du 23 mars 1855 pour voir cesser une clandestinité des mutations à titre onéreux de propriété immobilière, aussi ruineuse pour le crédit.

De même, le contrat de mariage, cette loi privée qui intéresse à la fois la capacité des contractants et l'état de leur fortune, le contrat de mariage des non-commerçants resta occulte jusqu'à ce que des fraudes nombreuses, résultat d'un pareil état de choses, vinssent provoquer la loi du 10 juillet 1850.

En ce qui conserne la transmission des droits personnels, enfin, le système du Code est satisfaisant : il n'eut, du reste, guère à innover. Nous avons vu les cessions de créances rester jusqu'à la fin de l'ancien droit et même sous la législation intermédiaire, soumises à des formalités équivalentes à la tradition. Ces formalités, nous le verrons, procuraient une publicité suffisante. Le Code

(1) Ce point, vivement contesté sous l'empire du Code, a été mis hors de doute par la publication de la loi du 23 mars 1855 : la transcription de ces actes avait bien été supprimée par le Code, puisqu'une loi était nécessaire pour la rétablir ; déjà un avis du Conseil d'Etat, du 11 fructidor an XIII avait décidé la question en ce sens, que suivaient aussi la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, depuis l'apparition du Code de Procédure (V. l'art. 834 de ce Code.)

n'avait donc guère à changer ici : il n'eut qu'à dispenser les parties, dans leurs rapports réciproques, des exigences de l'ancien droit, en leur appliquant le principe de la consensualité ; art. 1869 : la remise du titre elle-même n'est même plus nécessaire pour le déplacement de la créance ; puisqu'elle est destinée à exécuter l'obligation de délivrance, elle suppose née cette obligation, et parfaite la cession : elle implique que la propriété est déjà transférée.

A l'égard des tiers, il conserva en les adoptant à leur nouveau but, les anciennes formalités de la signification et de la notification.

C'est l'étude de leur réglementation, par le Code, dans un intérêt de publicité, que nous allons maintenant aborder, et qui forme l'objet principal de cette thèse:

Dans quels cas la publicité est-elle exigée ?

En quoi consiste-t-elle ?

Quels sont ses effets ?

Telles sont les trois divisions que nous nous proposons d'examiner successivement ; elles nous permettront de saisir d'une manière complète le fonctionnement du « *Principe de la publicité dans son application aux transmissions de droits personnels.* »

CHAPITRE Ier

QUELS TRANSPORTS DE DROITS PERSONNELS DOIVENT ÊTRE PUBLIÉS POUR PRODUIRE EFFET A L'ÉGARD DES TIERS

14. — L'Introduction nous a montré l'évolution parallèle de ces deux principes, qui se complètent mutuellement :

Entre les parties, l'effet translatif des contrats se dégage peu à peu des formalités nécessaires à l'origine ; et le simple consentement finit par opérer le déplacement de la propriété. L'application de ce premier principe à la matière des transports de droits personnels résulte de la généralité des termes de l'art. 1583, commun aux ventes de toute nature ; et l'art. 1689 le sous-entend, en ne se préoccupant que de la manière dont sera remplie l'obligation de délivrance.

A l'égard des tiers, la translation est, en général, retardée, dans leur intérêt, dans l'intérêt du crédit, jusqu'à l'accomplissement de formalités de publicité.

Dans quels transports de droits personnels le déplacement du droit à l'égard des tiers est-il ainsi subordonné à des conditions de publicité ? Tel est l'objet de ce premier Chapitre.

15. — Le principe est le suivant : il faut :

1° Qu'il y ait transmission, et que cette transmission constitue une cession ;

2° Et que cette cession porte sur une créance.

Démontrons et justifions ces deux propositions, et en déduisons les conséquences : elles nous permettront de délimiter facilement le champ d'application du principe de la publicité en notre matière.

I

IL FAUT QU'IL Y AIT TRANSMISSION ET QUE CETTE TRANSMISSION CONSTITUE UNE CESSION

16. — Ces deux termes de notre formule, conformes d'ailleurs à la tradition, s'expliquent aisément.

17. — 1° IL FAUT QU'IL Y AIT TRANSMISSION :

C'est ce qui ressort, au point de vue des textes, tant de l'intitulé du Chapitre VIII, dans lequel se trouve exposé, sous l'art. 1690, le droit commun de notre sujet, que des termes mêmes des articles qui le composent : rubrique et textes parlent de transport, de cession, et ne règlent que des hypothèses où se produit un déplacement du droit. Un changement de titulaire est donc nécessaire pour que la publicité soit exigée.

En raison, la translation, seule, des droits personnels, présente pour le crédit public les dangers auxquels la loi a voulu parer en établissant la publicité. On conçoit que la constitution d'un droit réel doive être portée à la connaissance des tiers, puisque ce droit est justement créé pour produire effet contre eux : mais la création d'un droit per-

sonnel réagira seulement contre le débiteur, partie à l'acte, et contre ses ayants-cause à titre universel, c'est-à-dire contre des héritiers, continuateurs de la personne, ou contre des créanciers chirographaires, également représentés (1).

De même pour l'extinction des droits : alors qu'il faudrait, en principe, publier celle des droits réels, puisque, par leur nature, ils sont perpétuels, et que les tiers doivent compter sur cette perpétuité, la publicité ne se conçoit pas appliquée à l'extinction des droits personnels, puisqu'il est de leur nature d'être temporaires, et que cet événement ne peut, en conséquence, surprendre et tromper les tiers (2).

18. — Du principe que nous venons d'établir, nous pouvons tirer les corollaires suivants :

Il n'est nécessaire de donner publicité :

Ni au partage de créances,

Ni à la novation,

Ni à la délégation,

Ni au paiement avec subrogation,

Ni à la transaction portant sur des créances,

Ni à la reconnaissance des dettes,

Ni à l'indication, au débiteur, d'une personne pour recevoir le paiement,

(1) A la généralité de ce principe, il convient toutefois de signaler une exception : celle qui résulte de la nécessité de la transcription pour les baux de plus de 18 ans. (L. 23 mars 1855, art. 2, 4°). V. *infrà*, n° 104.

(2) Ici encore une exception contenue dans l'art. 2, 5° de la loi du 23 mars 1855 : les actes ou jugements constatant quittance d'une somme équivalente à trois années de fermage non échus doivent être transcrits. V. *infrà*, n° 103.

Parce qu'aucun de ces actes ne contient, ne réalise de transmission.

19. — Pour le *partage*, nous tranchons ainsi la grave controverse qui s'élève sur la question suivante : L'art. 883 est-il, ou non, applicable aux créances ? C'est-à-dire, si l'événement du partage met au lot de l'un des copartageants une portion d'une créance supérieure à sa part indivise, sera-t-il, par la fiction de la déclarativité du partage, réputé avoir été *ab initio* propriétaire même de cet excédant, ou bien succèdera-t-il, dans cette mesure, à ses copartageants ?

Dans le premier système, on ne voit, dans l'effet du partage, aucune transmission.

Si l'on admet le second, au contraire, le copartageant est l'ayant-cause des autres pour ce qui dépasse sa part indivise : dans cette limite, il y a cession, et une notification doit intervenir.

D'autres systèmes, intermédiaires, se sont produits sur la question ; comme ils sont sans intérêt à notre point de vue, notre choix se trouvait restreint entre les deux théories radicales, inverses, que nous venons de formuler.

Nous avons adopté la première solution, qui est, du reste, celle de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine.

En effet, l'art. 883 est absolument général, dans ses termes comme dans son esprit.

Dans ses termes, car il vise « *tous les effets* compris dans le lot d'un cohéritier » — or l'art. 832, *in*

fine, suppose nécessairement que les créances entrent, et peuvent entrer inégalement, dans la composition des lots.

Dans son esprit, car le danger auquel il vient parer existe aussi bien pour les créances que pour les biens corporels : le législateur a voulu affranchir les biens mis au lot de chaque copartageant, de l'effet des actes de disposition, totale ou partielle, consentis par l'un de ses copropriétaires pendant l'indivision.

On objecte la tradition : la L. 3, D, *fam. ercisc.* notamment, était contraire. Mais sa décision s'explique par le caractère translatif du partage en Droit Romain : à cette conception le Code civil a substitué celle de la déclarativité : l'argument a donc perdu toute valeur.

La seule objection très sérieuse que présente le système adverse, est la suivante : l'art. 1220 édicte la division de plein droit des créances entre les héritiers du créancier. Or le partage ne peut évidemment porter que sur ce qui est encore indivis : les créances en sont donc exclues. C'est une analogie complète avec le sort des dettes, qui, elles aussi, n'arrivent aux héritiers que divisées : l'actif et le passif sont toujours gouvernés par des règles identiques.

Mais ce raisonnement conduirait, d'abord, à priver presque de toute application, la disposition finale de l'art. 832 : il réduirait aux créances indivisibles, qui sont l'infime exception, le domaine de ce texte, si général en sa forme. Quant à l'art. 1220, qu'on nous

reproche de négliger et de sacrifier à l'art. 832, nous lui faisons également sa part d'application : ce texte, placé au titre « des Obligations », régit uniquement les rapports des héritiers du créancier avec le débiteur ; il en sera la loi provisoire tant que le partage ne sera pas intervenu. Son but est d'empêcher que l'exercice des actions héréditaires soit suspendu pendant l'indivision : pendant ce temps, chaque héritier pourra poursuivre et recevoir paiement *pour sa part*, et ce paiement libérera le débiteur. Mais le partage produira son effet déclaratif à l'égard de tous autres que du débiteur, et il forcera le débiteur lui-même à ne plus payer dorénavant qu'aux mains de l'héritier au lot duquel la créance a été comprise (1).

20. — Pour la *novation* (2). En effet, elle a pour conséquence non pas de déplacer une créance, mais d'en substituer une, qu'elle crée, à une précédente qu'elle éteint : or, nous avons vu (3) que ni l'extinction ni la création d'une obligation ne sont soumises à la publicité.

Et cela, de quelque espèce de novation qu'il s'agisse :

Par changement d'objet : avec son objet, change la dette.

(1) En ce sens, la jurisprudence et la majorité de la doctrine. V. notamment Demolombe, XVII, n° 294, et les arrêts qu'il cite et auxquels il convient d'ajouter. Req., 8 juillet 1873; D., 1874, 1, 56. — Civ. cass., 30 mai 1877 ; D., 1878, 1, 109.

(2) *Sic*, Aubry et Rau, IV, n° 359 *bis*, texte et note 27. Demolombe, XXVIII, n° 329.

(3) Suprà, n° 17.

Par changement de débiteur : il naît un nouveau rapport entre l'ancien créancier et le nouveau débiteur.

Par changement de créancier, car le même effet se produit, bien que cette hypothèse soit celle qui se rapproche le plus d'une véritable cession de créances. Elle s'en écarte cependant — et c'est ce qui explique cette différence de résultats, — en ce que, dans la cession, l'acquéreur succède au droit même de son cédant, tandis qu'ici, comme dans les autres novations, le nouveau créancier devient titulaire d'un droit également nouveau ; l'art. 1278 le prouve, tant par ses termes que par la décision qu'il contient. Si les sûretés accessoires disparaissent, c'est par suite de l'extinction de la créance à laquelle elles se rattachaient ; c'est le caractère traditionnel de la novation, même dans cette application ; enfin, le Code en traite sous le chapitre V, intitulé : *De l'Extinction des Obligations.*

La seule difficulté qui s'élève sur cette question, c'est de savoir quand il y aura véritablement novation : pour la trancher, il faut rechercher si, en fait, les parties ont entendu transmettre l'ancienne créance ou la remplacer par une nouvelle. Dans le doute, on présumera la cession.

Ce sera donc toujours une question d'interprétation de volonté. La jurisprudence fournit, à ce sujet, un exemple remarquable. Un arrêt de la Cour suprême (1) a décidé que le transport est opposable aux

(1) Cass., 9 mars 1864 ; D., 1864, 1, 190.

tiers, notamment aux créanciers de la faillite du cédant, même en l'absence de toute signification ou d'acceptation authentique, si le débiteur en a fait l'objet d'un article de compte-courant : un tel contre-passement d'écritures entraînant novation. Il suffit donc que cet acte soit antérieur à la période suspecte.

21. — Pour la *délégation*, deux hypothèses sont à distinguer.

Ou bien le créancier a expressément déchargé le débiteur primitif ; ce qu'en droit romain on appelait une *expromissio* : c'est alors une novation, ceci résulte de l'art. 1275 *à contrario*, et nous rentrons dans le cas précédent.

Ou bien il n'a pas libéré le débiteur, et la délégation a eu seulement pour objet de lui fournir une sûreté accessoire, une *adpromissio*. Il n'y a pas alors novation : art. 1275.

Y a-t-il, dans ce cas, transmission, et une notification est-elle par suite nécessaire, pour la perfection de cette *délégation imparfaite*, ainsi qu'on est convenu de l'appeler ?

Nous ne le pensons pas, car ce fait n'amène aucun changement dans le personnel de la créance ; il se produit un engagement accessoire, obligation nouvelle, et rien de plus. Le créancier reste obligé vis-à-vis de son propre créancier et ne cesse pas de pouvoir être poursuivi par lui, puisqu'il n'y a pas décharge. Le débiteur de son côté, en s'engageant envers le délégataire, n'est pas libéré envers le délégant. Le

seul effet de cet acte juridique est donc de permettre au débiteur de payer valablement entre les mains du délégataire, et d'autoriser ce dernier à poursuivre le débiteur. Le paiement intervenant dans ces conditions, effectuera d'un seul coup deux libérations : celle du débiteur vis-à-vis de son créancier, et celle de ce dernier vis-à-vis de son propre créancier, le délégataire.

Alors, de deux choses, l'une se produira :

Ou bien le débiteur paiera le délégataire : dans ce cas, l'opération s'analyse, nous venons de le voir, à l'égard de tous, en un paiement.

Ou bien le délégataire préfère poursuivre le créancier, son débiteur primitif : alors l'engagemont du délégué reste sans avoir produit d'effet, et doit être considéré comme non avenu.

Ni dans un cas ni dans l'autre, il n'y a donc transmission : il n'y a donc pas lieu à publicité (1).

22. — Pour le *paiement avec subrogation*, nous avons, en l'exemptant de la publicité, tranché une

(1) En notre sens, Ferrière, II, sur l'art 108 de la Coutume de Paris, n° 3. — Demolombe, XXVIII, n° 316, — Laurent, XVIII, n° 316. Dijon, 4 fév. 1847, D. 1847, 4,152.—Req. 27 fév. 1856, D, 1857, 1,104.— Orléans, 19 déc. 1863, D. 65, 2, 254. — Civ. cass, 7 mars 1865, D. 1865, 1, 121.

Contrà : Aubry et Rau, IV, § 359 bis, texte et note 28. — Duvergier, sur l'art. 1276, note a. — Larombière, sur l'art. 1276, 4°. — Toullier, IV, n° 288. — Nancy, 21 fév. 1877, D. 1878, 2, 14. — Agen, 2 déc. 1851, D, 1852, 2, 26.

Ce dernier arrêt semble confondre l'acceptation de la délégation par le débiteur, exigée par l'art. 1275 pour l'existence de la délégation, avec l'acceptation requise par l'art. 1690 à fin de publicité.

grave controverse dans un sens qu'il nous reste à justifier.

La publicité serait requise, en effet, si, comme on l'a prétendu, la subrogation constitue une cession. — Elle ne sera pas nécessaire si, comme nous le pensons, c'est un paiement qu'il faut y voir.

On a invoqué, en faveur de la première opinion, les arguments suivants : les privilèges et hypothèques passent au subrogé (art. 1250, 1°). Or ce sont là des droits accessoires, qui suivent la créance à laquelle ils sont attachés et qui leur sert comme de support. C'est donc que cette créance elle-même a été transmise. Les traditions sont conformes à ce système : la subrogation a eu pour antécédent, dans le Droit Romain, le bénéfice de *cession* d'actions. Or, les lois 17 et 36, D. *de fidej.* XLVI, I, notamment, nous montrent le caractère nettement translatif de ce bénéfice : *quodammodo* VENDIDIT *nomen debitoris*, lisons-nous dans ce dernier texte. Ce caractère, la subrogation l'a conservé en passant dans notre ancien droit : c'est ainsi que la Déclaration de mai 1609, qui l'a introduite en France, disait : « Voulons que les subrogés soient aux droits, nom, *créance* desdits anciens créanciers, *sans* AUTRE *cession* et transport d'iceux. »

Dumoulin (*De Usuris*, n^os^ 672 et seq.), énonçait en ces termes l'obligation du subrogeant : « *tenetur* CEDERE *actiones.* »

Denizart (*V° Subrog*, n° 9), enseignait que la subrogation est un transport.

Enfin Pothier (Introd. au titre XX de la coutume d'Orléans, n° 66), la définissait : « une fiction de droit par laquelle le créancier est censé *céder* ses droits, actions, privilèges et hypothèques à celui de qui il reçoit son dû. »

Le Code a suivi la tradition, puisque les art. 1250 et seq. sont empruntés à Pothier : Si celui qui paie est subrogé aux droits, actions, privilèges et hypothèques, c'est qu'il l'est, avant tout, au principal de ces droits, à la créance elle-même !

Telle est la première opinion.

Nous négligeons deux systèmes intermédiaires d'après lesquels la subrogation serait, seulement dans certains cas ou pour partie, une cession : leur réfutation résultera de celle, que nous allons entreprendre, du système précédent.

D'abord, la qualité de paiement ressort, pour la subrogation, de la place, de l'intitulé et du contenu du paragraphe, de la section, du chapitre où il en est traité.

Les textes sur la subrogation sont au titre III, *des Obligations*, au Chapitre V, de l'*Extinction des obligations*. Plus spécialement, c'est un paiement, c'est une espèce du paiement, puisqu'elle figure, dans la section 1re, *du Paiement*, dans un paragraphe spécial : *du Paiement* AVEC SUBROGATION.

Tandis que le transport est traité dans un titre éloigné, le titre VI, *de la Vente*, où est sa véritable place.

Ce sont donc, dans la loi, deux institutions différentes.

Il était, du reste, rationnel de les distinguer, car il y a dans leur but une différence essentielle : le paiement avec subrogation a pour cause une intention bienfaisante : aussi la subrogation est-elle un privilège destiné à sauvegarder les droits de celui qui paie, mais rien de plus. — Tandis que la cession, dans le but et dans l'intention des parties, constitue une opération lucrative. Cette différence de nature seule, peut expliquer les solutions contradictoires que nous trouvons dans les art. 1252 *in fine* et 1693 : la subrogation partielle ne peut nuire au subrogeant : en cas d'insolvabilité du débiteur, il passe donc avant le subrogé — tandis que si c'eût été une cession, le subrogeant, par suite de la garantie, eût dû admettre le subrogé à concourir avec lui.

Enfin les textes, en apparence si probants, invoqués par les partisans du premier système en faveur du caractère traditionnel de leur solution, se retournent contre eux, sur une simple remarque : dans les plus importants de ces textes, il est un mot que l'on oublie de mettre en relief :

L. 36. D. *De fidejussoribus:* « Quodammodo *nomen debitoris vendidit.* »

Pothier : « C'est une *fiction* de droit, par laquelle le créancier est *censé* céder..... — (1) »

(1) Quant aux autres textes cités, ils constatent seulement que la subrogation produit les effets d'une vente : il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il y ait identité de nature entre les causes. La similitude des effets montre, au contraire, que la subrogation a été copiée sur la cession, qu'elle est une fiction, par conséquent.

Le caractère de fiction de la subrogation y apparaît clairement; et c'est avec ce caractère que le Code l'a empruntée à l'ancien Droit, puisque, dans tout ce paragraphe — ainsi que le reconnaît l'opinion adverse —, c'est de Pothier qu'il s'est visiblement inspiré. La preuve que la subrogation n'est pas une vraie cession, mais une cession fictive, c'est qu'un texte a été jugé nécessaire pour maintenir les accessoires de la créance, alors que, sans cela, le texte, absolument général, de l'art. 1692, eût suffi !

La survivance de la créance payée, son passage aux mains du subrogé est donc une fiction ; — or elle a été établie, c'est indiscutable, *dans l'intérêt exclusif du subrogé*, pour lui permettre de conserver les sûretés et accessoires de la créance.

Elle ne doit donc produire aucun effet à l'égard des tiers : pour eux, la subrogation conserve son caractère de paiement, son effet extinctif, qu'il n'est aucun motif de suspendre à leur égard. Il n'est donc pas nécessaire de porter à leur connaissance le fait du paiement avec subrogation, plus que le fait d'un paiement pur et simple.

Nous avons raisonné en adoptant le système le plus accrédité, celui d'après laquelle la créance elle-même est censée passer au tiers-payant. La solution serait la même dans l'opinion où l'on admet l'extinction *erga omnes* de la première créance, et le simple rattachement de ses sûretés à la créance de gestion d'affaires ou de mandat naissant du paiement pour autrui (analogie de l'art. 1278). Cette divergence n'importe

donc pas, à notre point de vue, et nous pouvons tenir pour certain que le principe de la publicité ne trouve pas ici son application (1).

Ajoutons toutefois que le subrogé a intérêt à faire connaître la subrogation au débiteur, s'il l'ignore: car, dans ce cas, le débiteur, étant de bonne foi, pourrait payer valablement aux mains du subrogeant, resté son créancier apparent (art. 1240). Mais il suffira que le débiteur soit prévenu d'une manière quelconque, et sans qu'il soit besoin de recourir aux formalités de l'art. 1690.

23. — Pour la *transaction* portant sur des créances, la publicité n'est pas davantage exigée.

En effet, la transaction est un jugement privé : (art. 2052); son caractère est, par conséquent, déclaratif, et elle est censée ne pas réaliser de déplacement de propriété (2).

On doit supposer, évidemment, que la transaction

(1) *Sic*, Aubry et Rau, IV, § 321, texte et note 21. — Colmet de Santerre, V, n° 189 bis, X.— Demolombe, XXVII, n° 329.— Gauthier. *Traité de la subrogation des personnes*, n° 84 et seq. — Laurent, XVIII, n° 13. — Mourlon, *de la subrogation*, p. 11, 15 et 249. — Troplong, *De la Vente*, II, n° 878 et *Des Hypothèques*, I, n°s 340 et seq. — Douai, 27 juillet 1857, D. 1858, 2, 51. — Cassation belge, 12 janvier 1872, *Pasicrisie* 1872, 1, 54.

Contrà. — Dalloz, *Répertoire*, 1re édit. X, n°s 178 et seq. — Delvincourt, II. p. 559. — Duranton, XII, n° 124. — Larombière, III, art. 1276, n° 4. — Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, V° *Subrogation*, n° 54. — Toullier, VII, n° 127.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 15 juillet 1856 (D. 1856, 2, 121), cité dans ce sens, ne tranche la question qu'accidentellement et implicitement.

(2) Cassation, Chambres réunies, 28 novembre 1846. D. 1847, 1, 47.

ne porte que sur des créances litigieuses ; si, au contraire, l'une des parties cédait à l'autre, en échange de sa renonciation à ses prétentions, une créance dont la propriété ne lui fût pas contestée, il y aurait lieu de publier la cession que renferme réellement la transaction, en ce qui concerne cette créance.

24. — Les actes *récognitifs* ou *confirmatifs* ne doivent évidemment pas être publiés puisqu'ils n'opèrent ni transmission, ni même constitution de créance.

Jugé, en ce sens, que, lorsqu'un titre nominatif est substitué à un titre au porteur, il n'y a pas lieu de signifier (1).

25. — Enfin, pas de publicité non plus pour la simple *indication*, par le créancier au débiteur, d'une personne à laquelle il devra payer. Il n'y a là, en effet, qu'un simple mandat : rien n'est changé dans la créance, il n'y a qu'un *adjectus solutionis gratia* de plus (2).

On a quelquefois confondu, à tort, cette indication avec la délégation imparfaite : la délégation, acceptée par le débiteur, l'engage envers le délégataire, aux poursuites duquel il ne peut plus se soustraire ; tandis que la simple indication, par elle-même, ne crée aucun lien d'obligation entre le débiteur et le tiers désigné.

(1) Poitiers, 1er février 1881. D. 1882, 2, 36.

(2) Pothier. *Des Obligations*, n° 605.

2° Il faut que la transmission constitue une cession.

26. — En effet, si notre chapitre VIII suppose nécessairement une transmission, les termes, plus techniques de *cession*, *cédant*, *cessionnaire*, reviennent continuellement dans ses quatre premiers articles, et dans les art. 1699 et 1700; ils donnent une précision nouvelle à notre formule: ils excluent la nécessité d'une publicité pour les transmissions de créances à titre héréditaire, par succession *ab intestat* ou par legs.

C'est la solution traditionnelle (1) et elle se justifie pleinement.

En effet, du moment que l'on admet la transmissibilité des droits personnels, il y aura un instant inévitable où, fatalement, se produira un déplacement de la créance : le moment de la mort du titulaire. Les tiers le savent ; ils n'ignorent que le temps où s'accomplira cet évènement. En un mot, la transmission est seulement soumise à un terme suspensif incertain. D'autre part, le fait qui déterminera et réalisera en même temps l'arrivée du terme, le décès produit, tant par lui-même que par sa constatation sur les actes de l'Etat civil, une publicité suffisante : les tiers sont donc avertis de la transmission.

Au contraire, la cession constitue pour eux une

(1) Nous avons vu, dans l'Introduction, que la notification était destinée à suppléer à une tradition matériellement impossible : or, la tradition n'était de rigueur que pour la transmission entre vifs.

simple éventualité qui, ne dépendant plus de la nature du droit, mais de la volonté humaine, pourrait les surprendre. De plus, cet évènement est, par lui-même, occulte, puisqu'il résulte de l'échange de consentements, sans même qu'une tradition du titre soit nécessaire pour sa perfection.

On conçoit donc que, si les mutations entre vifs sont soumises à la publicité, à raison de leurs dangers, il n'entre pas dans le système général de la loi de l'étendre aux transmissions à cause de mort. Cf. L. 23 mars 1855, art. 1, 1° et 4°.

La loi ne se préoccupe, du reste, de faire connaître que le fait même du déplacement, et non la personne du bénéficiaire : c'est ainsi que, sous l'art. 2148, on ne considére pas comme essentielle, la désignation du créancier sur le bordereau d'inscription des privilèges et hypothèques. La clandestinité de la translation, seule, peut, en effet, préjudicier aux tiers ; prévenus de la mutation, ils n'ont qu'à exiger du prétendu créancier la production ou la justification de son titre.

Les transmissions héréditaires sont donc exemptes de publicité ;

Les cessions y sont soumises, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elles sont faites à titre onéreux ou à titre gratuit : la généralité des termes de l'art. 1690 ne permet aucune distinction.

II

IL FAUT QUE LA CESSION PORTE SUR UNE CRÉANCE (1)

27. — C'est que le système normal de la publicité des cessions de créances, organisé par l'art. 1690, aussi bien, du reste, que tous les systèmes spéciaux applicables à des genres particuliers de créances, suppose nécessairement un créancier et un débiteur.

Elle se réalise par une signification ou par une acceptation du transport.

Or, c'est au débiteur que doit être faite la signification ; c'est également de lui que doit émaner l'acceptation.

Il est donc le rouage essentiel de la publicité.

Nous verrons combien ce système est rationnel. Retenons-en, pour le moment, ce fait, qu'il faut un débiteur pour que la cession puisse et doive être portée à la connaissance des tiers.

Or, l'existence d'un débiteur suppose une obligation, une créance.

Notre deuxième proposition se trouve donc justifiée.

28. — Nous devons ajouter que cette condition, réunie à la première, suffit pour qu'il y ait lieu à publicité : la généralité du terme « créances », dont le domaine est aussi vaste que celui des termes « droits personnels », et qui s'oppose, dans le lan-

(1) Voir *Suprà*, n° 15.

gage du droit, aux mots « droits réels », doit faire prévaloir cette solution sur celle de l'ancien Droit : le mot créance y avait un sens technique qu'il a perdu, et ne s'appliquait qu'aux obligations portant sur des choses de genre. Nous trouvons la preuve de ce changement, notamment dans les art. 1136 à 1146, qui reconnaissent l'existence d'un créancier et d'un débiteur, même dans les obligations de donner un corps certain, de faire ou de ne pas faire ; dans toute obligation, il y a un créancier, sujet actif ; et, dès qu'il y a un créancier, son droit constitue une créance. Nous nous étonnons que ce point ait été contesté.

29. — A côté de conséquences incontestées, notre solution nous permettra de résoudre plusieurs difficultés qui ont divisé la doctrine et la jurisprudence.

Ces controverses s'élèvent toutes au sujet de la cession d'un droit ou d'une action tendant à obtenir ou à recouvrer un bien ou une valeur ; que l'action ait été intentée ou non, peu importe, d'ailleurs (1).

Y a-t-il, dans ce cas, lieu à notification ?

Il faut d'abord distinguer si le droit cédé porte directement sur la chose, et constitue un *jus in re* ou seulement contre une personne déterminée, à l'occasion de la chose, auquel cas il y a *jus ad rem.*

Dans le premier cas, c'est, au fond, l'objet même

(1) Les cessions de droits litigieux sont, en effet, des cessions conditionnelles, dont l'effet est subordonné uniquement à la vérification de ces droits : or, les cessions conditionnelles doivent être publiées comme les autres (n° 33).

du droit cédé qui est transmis : c'est une vente de biens corporels, une cession de droits réels : or, le débiteur, dans ce cas, c'est l'universalité des individus. Faute d'un débiteur déterminé, la publicité de l'art. 1690 ne s'y applique donc pas. Il fallait une publicité différente, plus générale et plus large que celle des cessions de créances : or, si le Code exigeait la transcription des donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques, l'absence de réglementation en ce qui concerne les aliénations immobilières, ou les constitutions de droits réels immobiliers, à titre onéreux, constituait une grave lacune : la loi du 23 mars 1855 est enfin et tardivement venue la combler, en exigeant que l'aliénation soit, comme la donation, transcrite sur un registre public pour être opposable aux tiers. Si l'objet est mobilier, aucune formalité n'est requise, mais les décisions d'équité des art. 1141 et 2279, protègent suffisamment les tiers. Dans cette hypothèse, l'art. 1690 ne recevra donc jamais son application.

Dans le second cas, c'est en réalité le droit personnel qui est cédé : il y a donc lieu à notification, mais seulement si ce droit personnel constitue une créance.

On voit que, même dans la seconde hypothèse, il est impossible de donner *a priori* une solution générale à notre question : il faut examiner sur chaque espèce la nature du droit cédé et celle de son objet.

Les principes que nous venons de poser nous permettront de résoudre de pareilles questions.

29 *bis.* — C'est ainsi qu'on s'est demandé s'il faut publier les cessions de droits successifs.

Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle que nous avons examinée au n° 26. Là, en effet, il s'agissait de la délation directe s'opérant au profit de l'héritier par la mort du titulaire. Ici, au contraire, nous supposons que l'héritier dispose du droit à la créance, déjà fixé en sa personne : nous sommes en présence d'une cession entre vifs et non plus d'une transmission héréditaire.

Il convient d'écarter également le cas où un héritier aliène une créance déterminée : ce qui constitue une cession de créance subordonnée à la condition que cette créance tombera au lot de l'aliénateur : il est incontestable et incontesté que cette cession conditionnelle d'une véritable créance est soumise aux formalités de l'art. 1690.

Il s'agit ici, en réalité, de savoir si la cession, par l'un des cohéritiers, de sa part héréditaire, de son droit indivis dans la succession elle-même avant le partage, doit être notifiée.

Cette question très délicate divise la Chambre civile et la Chambre des requêtes. Pour nous, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence de la Chambre civile (1), nous pensons qu'il n'y a pas lieu à publicité, faute de l'existence d'un débiteur.

(1) *Sic,* Aubry et Rau, IV, § 359, texte et note 24, les arrêts (émanant notamment de la Chambre civile) et les auteurs cités à la note ; Laurent, XXIV, n° 478.

Contrà les arrêts de la Chambre des requêtes et de différentes

On a prétendu, il est vrai, trouver ce débiteur dans la personne des cohéritiers, à qui la cession devrait être signifiée. Ce motif, invoqué pour justifier la solution de la Chambre des requêtes, nous semblerait à lui seul suffisant pour la faire écarter : l'héritier a un droit réel sur la succession, et non pas seulement un droit de créance contre ses cohéritiers ; son droit, il le tient directement du défunt (art. 711, 777, 883, 1014). Il n'y a donc pas ici cession de créance, et, par suite, il n'est pas nécessaire de notifier.

On a encore prétendu — et cette opinion est plus spécieuse que la précédente, — trouver ce débiteur auquel on doit notifier, dans la personne des débiteurs des créances mises au lot du cessionnaire. En effet, dit-on, la cession de la part héréditaire comprend celle des créances qui la composent : si donc on ne signifie par la cession du droit héréditaire pris *in abstracto*, tout au moins faut-il, suivant le droit commun, notifier à chacun des débiteurs, individuellement, l'acte qui constitue, à son égard, une véritable cession de la créance correspondante à sa dette.

Cependant, ici encore, nous croyons, avec la majorité de la doctrine et la jurisprudence de la Chambre civile, affirmée très nettement dans son

cours, cités en la même note ; il convient d'y ajouter : Bordeaux, 19 juin 1856. D. 1857, 2, 86. — Rouen, 28 juin 1856. D. 1856, 2, 280.— Toulouse, 26 août 1863, D. 1864, 2, 5. — Un arrêt de cassation de la Chambre civile. du 7 janvier 1856. D. 1857, 1, 8, tranche implicitement la question dans le même sens.

dernier arrêt, du 6 juillet 1858 (1), que la notification n'est pas nécessaire. En effet, le partage, seul, fixe, vis-à-vis des débiteurs de la succession, le titulaire des créances correspondantes. Quelques changements qui s'opèrent avant cette époque, lèur situation n'est définitivement réglée que par cet événement : à ce moment, le cessionnaire se révèle à eux comme ayant toujours été seul propriétaire de la part d'hérédité qui comprend leur créance (art. 883) (2). Il n'y a donc pas eu de cession relativement à eux ; donc une notification était superflue. Cette solution se rattache également à notre principe général, car ici encore, il n'y avait pas de débiteur : ce qui a été cédé, ce ne sont pas des créances déterminées : c'était un droit à une quote-part de la succession, que personne ne doit. Or, comme le font très justement remarquer MM. Aubry et Rau (3) : « Pour apprécier la véritable nature d'un droit cédé, il faut exclusivement s'attacher au caractère qu'il avait au moment de la cession, sans tenir compte des modifications qu'il a subies par suite de son exercice. »

Nous ne nous dissimulons pas que cette solution peut présenter des dangers : notamment le partage fait, même de bonne foi, par les cohéritiers avec le cédant sera nul ; le paiement fait par un débiteur héréditaire au cédant, de même. Ces conséquences expliquent parfaitement celles des décisions de la juris-

(1) S. 1859, 1, 247, et D., 1858, 1, 414.
(2) L'art. 883, en effet, est applicable aux créances : *suprà*, n° 19.
(3) *Loco citato.*

prudence qui sont, à notre avis, contraires aux principes du droit, mais, dans l'état actuel de la législation, nous croyons impossible de donner une autre solution : les règles de publicité, sous l'empire d'une loi qui a abandonné le formalisme pour le principe plus moderne de la consensualité, sont de droit étroit, et il n'appartient pas à l'interprète de les étendre, si désirable que ce puisse être (1).

30. — On s'est également demandé si la cession de droits personnels portant sur un meuble ou immeuble corporel, déterminé dans son individualité, par exemple, d'un droit de bail, constituait une cession de créances aux termes de l'art. 1690.

Nous le croyons, puisqu'il se remontre ici un débiteur, donc un droit de créance : l'art. 1690, dans la généralité de ses termes, trouve donc application : et la publicité, qui était désirable, mais impossible, pour la cession de droits successifs, peut être donnée ici : il faudrait donc notifier.

La jurisprudence est en ce sens (2).

31. — Si les deux conditions que nous venons d'étudier se rencontrent, s'il y a *cession de créances*, il faudra toujours qu'elle soit publiée pour pouvoir être opposée aux tiers.

32. — Même s'il s'agissait d'une cession de droits litigieux : nous l'avons démontré (n° 29).

(1) *Contrà*, Duvergier, *Vente*, II, p. 427. — Marcadé, VI, sur l'art. 1698, n° V, et la plupart des arrêts cités en la note 1 de la page 194.

(2) Req. 4 nov. 1863, D, 1864. 1, 38. — Paris, 26 janv. 1873, D, 1874, 2, 140.

33. — Même si la cesssion était conditionnelle : en effet, la condition, si elle s'accomplit, agit rétroactivement.

34. — Même en cas de simple promesse synallagmatique de cession : car les créances sont soumises, quand des règles spéciales n'y dérogent pas, aux règles générales sur la vente : or, aux termes de l'art. 1589 « la promesse de vente vaut vente », c'est-à-dire entraîne déplacement immédiat de propriété, et ce texte est applicable aux créances.

Nous croyons qu'il faudrait notifier même une promesse unilatérale, acceptée, de céder une créance. On objecte, il est vrai, que cette promesse n'est pas translative de propriété : l'art. 1589 n'accorde cet effet qu'aux promesses synallagmatiques, et, en l'absence d'un texte spécial il faut appliquer l'art. 1583, duquel il résulte que la vente n'est parfaite qu'après accord sur la chose et sur le prix. Mais l'acceptation définitive rétroagira au jour de l'offre : il y a donc une vente conditionnelle, subordonnée à la volonté définitive du cessionnaire, et la notification est de rigueur pour la rendre opposable aux tiers.

35. — Peu importe que la cession soit amiable ou qu'elle ait lieu en justice, par adjudication. En effet, la publicité de fait, assez restreinte, d'ailleurs, qui résulte de la vente judiciaire ne peut suppléer les formalités spéciales aux transports de créances, pas plus qu'elle ne dispense de la transcription. (Loi du 23 mars 1855, art. 1, 4°).

On doit cependant appliquer ici l'exception prévue

par ce dernier texte, et décider que le jugement d'adjudication rendu au profit d'un des copartageants, n'a pas besoin d'être notifié. Un argument d'analogie ne suffirait pas, à lui seul, pour justifier cette solution, mais elle s'explique parce qu'elle est l'application d'un principe absolument général : celui de la déclarativité du partage : le jugement d'adjudication mettant fin à l'indivision, vaut partage : l'état d'indivision est rétroactivement effacé, et le copropriétaire au profit de qui le jugement est prononcé, est censé n'être pas l'ayant-cause des autres (art. 883).

A part ce cas exceptionnel, la cession judiciaire doit toujours être notifiée. La jurisprudence en fait une application remarquable au jugement de validité de saisie-arrêt, jugement qui, on le sait, vaut transport au profit du saisissant (1).

36. — Peu importe que la cession soit écrite ou verbale : nous verrons, en effet, qu'il est abusif d'exiger un écrit pour la perfection de la cession à l'égard des tiers, et que la signification ne consiste qu'en un résumé de la convention de cession. Nous donnerons, en son lieu, la justification de cette solution, inverse de celle qui est généralement admise en matière de transcription.

37. — La règle sera la même, que la cession soit consentie à titre onéreux ou à titre gratuit : dans les deux cas, il y a cession, dans le sens large du mot,

(1) Pau, 21 févr. 1887, D. 88, 2, 181.

il y a transport, et le danger est le même pour le crédit public. Le texte, aussi bien que l'esprit des dispositions qui organisent le principe de la publicité, trouvent donc application.

38. — Elle sera la même, quelle que soit la forme dela cession, directe ou indirecte, alors même qu'elle résulterait d'une renonciation en faveur d'une personne ou d'une classe de personnes déterminées, renonciation à juste titre considérée comme équivalente à une translation en faveur de cette ou de ces personnes.

Ou qu'elle proviendrait de l'apport d'une créance, faite à une société : l'observation des formalités prescrites par les art. 39, 42 et 43 du Code de Commerce n'y suppléerait pas (1).

39. — Enfin, l'exigence de la publicité est indépendante du caractère civil ou commercial de la créance, comme de son caractère mobilier ou immobilier.

De son caractère civil ou commercial : le texte et l'esprit de l'art. 1690 sont absolument généraux, et nous ne trouvons au Code de commerce aucun texte qui permette d'y apporter une exception : bien plus, ce dernier Code organise, nous le verrons, pour les créances revêtues de certaines formes particulièrement usitées en matière commerciale, différents système de publicité qu'il présente comme des institutions de faveur : c'est ainsi qu'un texte a été jugé

(1) Req, 28 avril 1869, D, 1869, 1, 445.

nécessaire pour permettre de transférer par simple tradition la propriété des créances constatées par titres au porteur.

De son caractère mobilier ou immobilier : car le germe d'une pareille distinction ne s'aperçoit pas davantage. Déjà, dans l'ancien Droit, on admettait la nécessité d'une notification pour les cessions de rentes : or les rentes étaient alors immobilières (1). Sous la législation actuelle, où les créances immobilières sont devenues très rares, nous trouvons une application notable du principe de la publicité à leur cession, dans le décret du 12 janvier 1808, dont nous verrons plus loin l'objet.

40. — Connaissant l'étendue du principe de la publicité par rapport aux droits personnels, nous pouvons maintenant aborder l'examen de son organisation sous notre législation, et l'étudier dans son mécanisme et son fonctionnement.

(1) Cette solution ne fut, du reste, pas reçue sans difficulté ; après de grandes controverses, elle fut adoptée par un arrêt du 24 novembre 1595, rapporté au grand Coutumier et cité par Ferrière, sur l'art. 108 de la Coutume de Paris, n° 5.

CHAPITRE II

EN QUOI CONSISTE LA PUBLICITÉ DES CESSIONS DE CRÉANCES

41. — Toutes les cessions de créances doivent être publiées pour être opposables aux tiers : nous l'avons établi dans le chapitre précédent, et nous avons déterminé, en même temps, le sens et les applications de ces mots : cessions de créances.

Comment doivent-elles l'être ? Tel sera l'objet de ce second chapitre.

A ce point de vue, nous pouvons ranger en trois classes les cessions de créances :

1° Celles qui sont soumises au régime de l'art. 1690, lequel forme le droit commun en notre matière. Ces cessions constituent donc la grande majorité.

2° Celles pour lesquelles a été organisée une réglementation spéciale, qui remplace, pour elles, les formalités normales auxquelles sont assujetties les cessions de la première classe.

3° Enfin il en est pour lesquelles la publicité ordinaire doit se cumuler avec une publicité spéciale.

A chacune de ces classes, nous consacrerons une section.

SECTION I

DE LA PUBLICITÉ NORMALE

42. — Cette publicité, qui est celle du droit commun, doit logiquement être exposée avant les autres, qui constituent des exceptions.

Elle s'applique à toutes les cessions de créances en général, même aux cessions de créances commerciales entre commerçants (1), sauf les exceptions résultant de la forme du titre, que nous étudierons sous la section II.

43. — L'art. 1690 indique, à grands traits, en quoi elle consiste :

« Le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur.

« Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »

Cette publicité ne touche donc, au moins directement, que le seul débiteur.

Le premier reproche que l'on s'attend à voir adresser, à ce sujet, au législateur, la première critique que l'on est soi-même tenté de formuler contre son œuvre, est donc relative à l'insuffisance de cette mesure.

(1) Rouen, 3 janv. 1874 ; D., 1878, 1, 243, en note. — Paris, 8 déc 1884 ; D., 1886, 2, 15.

Aussi est-on surpris de voir un auteur éminent (1) taxer d'excessives les précautions prises par la loi dans l'intérêt des tiers : « Le législateur, qui change le principe sur la translation de propriété des choses corporelles, qui admet que cet effet sera produit par le seul consentement, n'a plus de raisons pour se montrer difficile dans la cession-transport de créances ; tout ce qu'il pourrait alors raisonnablement exiger, ce serait la certitude de la date de la cession ». Aussi, conclut-il, « la conciliation des art. 711, 1138, 1583, d'une part, avec l'art. 1690, d'autre part, nous a-t-elle toujours paru fort difficile, pour ne pas dire impossible. »

M. Bugnet semble oublier que sa critique s'adresserait également aux art. 939, 1071, 1141, 2279, et à la loi du 23 mars 1855! C'est en un mot le procès du principe de la publicité lui-même que fait le savant professeur, et il méconnaît l'intérêt, pourtant si considérable, du crédit public. La solution qu'il préconise laisserait la porte ouverte à toutes les fraudes, aux aliénations multiples par le même propriétaire ; elle serait un encouragement à la mauvaise foi !

Ce serait bien plutôt le reproche d'insuffisance que paraîtrait pouvoir encourir la loi ; mais, là encore, nous pensons qu'une critique serait injuste : nous croyons, en effet, que l'efficacité de la publicité est assurée d'une manière suffisante par l'art.

(1) Bugnet, sur Pothier, III, p. 220, note 3.

1690, et qu'il serait à la fois dangereux et inutile d'exiger davantage.

D'abord, les formalités de l'art. 1690 sont suffisantes :

Qui pouvait avoir intérêt à connaître la cession ? En première ligne, le débiteur, intéressé à savoir quel est le vrai propriétaire de la créance, afin de pouvoir faire, entre ses mains, un paiement libératoire. Puis certains autres tiers : on peut supposer, par exemple, une personne disposée à acquérir la créance, et désireuse, pour faire une acquisition valable, de connaître son titulaire actuel.

L'art. 1690 exige une signification ou une acceptation.

Le débiteur est, lui, directement averti par la signification de la cession ; c'est à lui qu'elle doit être adressée. Si c'est par une acceptation du transport que s'effectue la publicité, c'est mieux encore, puisque, aux termes de l'art. 1690, cette acceptation doit être son œuvre, et qu'il y joue ainsi un rôle actif. Nulle autre formalité ne remplirait à son égard, avec une pareille certitude, le vœu de la loi.

En ce qui concerne les autres tiers, le mécanisme de cette publicité apparaît moins facilement, et ne semble pas, au premier abord, d'une efficacité suffisante : comment les tiers pourront-ils connaître le transport ? Le législateur, fort sagement, a pensé qu'il suffirait que le débiteur fût averti : le tiers, s'il est avisé, avant de traiter au sujet de la créance, ira se

renseigner auprès du débiteur sur son titulaire actuel. Le débiteur, nous venons de le voir, est toujours averti, et il l'est par le même fait qui rend le transport opposable à tous les tiers : si donc il n'a reçu notification d'aucune cession, c'est que le propriétaire de la créance, à leur égard du moins, n'a pas changé, et le tiers peut conclure, en toute sécurité, l'opération qu'il se proposait.

Cette organisation, d'une simplicité remarquable, donne toute satisfaction quand le débiteur sait réellement à quoi s'en tenir, et quand il répond de bonne foi aux demandes ; il en sera ainsi dans la très grande majorité des cas.

Mais il se peut faire que, de bonne foi et dans l'ignorance d'un transport pourtant signifié, ou par dol, il ne dénonce pas la cession régulièrement notifiée, donc opposable aux tiers.

Reprenons ces deux cas pour voir si le législateur peut, soit dans l'un, soit dans l'autre, encourir le reproche d'imprévoyance.

1° Le débiteur peut ignorer un transport dûment publié : Cette hypothèse semble, au premier abord, impossible à réaliser, puisque, nous l'avons vu, le débiteur est personnellement touché par la publicité. Pour cela, il faut imaginer que le débiteur primitif est mort après avoir reçu notification du transport ou l'avoir accepté, qu'il n'a laissé sur ses livres aucune trace de cette notification, et que ses héritiers ignorent à la fois le transport et sa notification. C'est, on le voit, un ensemble de circon-

stances qui se produira rarement. Bien plus, le tiers sera, même dans ce cas, rarement sans recours. Pour cela, il faudrait qu'il n'y eût à reprocher, et au débiteur primitif et à ses héritiers, aucune faute, si légère soit-elle ; au premier, pour n'avoir pas gardé trace de la notification, ce qui constituera, presque toujours, une négligence de sa part ; aux seconds, pour être restés dans l'ignorance qui a causé préjudice au tiers : or, ils seront coupables, tout au moins, d'avoir affirmé ce défaut de transport alors qu'il pouvait s'en être effectué à leur insu.

Les héritiers doivent donc faire preuve de l'absence complète de toute faute : le fait ne s'est, à notre connaissance du moins, pas encore présenté en jurisprudence, et nous doutons qu'il s'y produise jamais.

S'ils ne peuvent administrer cette preuve, ils sont responsables, aux termes de l'art. 1382, du quasi-délit civil imputable, soit à eux-mêmes, soit au débiteur primitif, leur auteur.

Il faut alors mettre en jeu des questions compliquées d'insolvabilité et de causes de préférence (1)

(1) Il faut supposer insolvables les héritiers — ou la succession, s'ils l'ont acceptée bénéficiairement et que la faute provienne *uniquement* du *de cujus*, ce qui ne se produira presque jamais. Il y a plus : comme le débiteur des dommages-intérêts est le même que le débiteur de la créance, le tiers, alors même qu'il eût été rendu propriétaire de la créance, n'eût reçu sur cette créance qu'un marc le franc, puisque le débiteur est insolvable. Il faut donc que le marc le franc qu'il touche sur ses dommages-intérêts, soit inférieur à celui qu'il eût perçu s'il eût été rendu propriétaire de la créance ; ce qui suppose la créance munie d'une cause de préférence efficace !

pour arriver à découvrir une hypothèse où le tiers souffre de l'insuffisance du système de la loi : n'est-ce pas là sa meilleure justification dans cette première espèce ?

2° Absoudre le législateur sur le premier chef, en montrant que le tiers a, en fait, toujours un recours, parce qu'en fait il y a toujours faute, et en prouvant que dans ce recours il ne souffre pas plus que s'il eût été rendu propriétaire de la créance ; que, par conséquent, il n'est pas en droit de se plaindre ; absoudre le législateur sur ce premier chef, disons-nous, c'est le justifier sur le second : lorsqu'au lieu d'y avoir faute du débiteur qui renseigne inexactement les tiers, il y a fraude de sa part, c'est un délit civil donnant également lieu à dommages-intérêts ; la cause de l'indemnité, seule, diffère : les conséquences sont identiquement les mêmes.

Les tiers sont donc suffisamment avertis par l'accomplissement des formalités de l'art. 1690, à condition qu'ils aillent se renseigner auprès du débiteur.

S'ils ne le font pas, ils sont certes sans défense, mais il y a dans ce fait une faute lourde, et le législateur n'avait pas à protéger les tiers contre leur propre négligence.

La publicité organisée par l'art. 1690 est donc suffisante et des mesures plus énergiques étaient pour le moins inutiles.

Une mention sur un registre spécial, comme pour la transcription des aliénations immobilières ou

l'inscription des hypothèques, voilà ce qu'on pouvait proposer. Or, ce mode était ici dangereux pour le crédit du débiteur, sans que la sécurité des tiers fût, pour cela, sensiblement augmentée.

Une pareille mention est indispensable en matière de droits réels ; elle seule peut assurer aux tiers le droit réel sur lequel ils comptent, tandis que c'eût été les réduire peut-être à un droit de créance, à des dommages-intérêts, que de les renvoyer à se renseigner auprès du vendeur ou du débiteur hypothécaire ; il suffisait, pour cela, d'une erreur ou de la fraude de ces derniers.

Au contraire, en matière de transport de créances, il suffisait de la responsabilité du débiteur : commet-il une faute, ou même un dol ? La nature du droit du tiers ne change pas, sa cause seule est modifiée : au lieu de la créance qu'il voulait acquérir, il aura une créance de dommages-intérêts, voilà tout ; et nous avons vu (1) qu'il faut un concours singulier de circonstances pour que ce changement se traduise pour lui par une perte.

Nous irons plus loin : il eût été aussi dangereux qu'inutile de donner une plus grande notoriété au transport de créance, et, par suite, à l'existence de la dette : c'eût été fâcheux pour la considération du débiteur et ruineux pour son crédit : la nature, commerciale peut-être, de ses opérations, exigeant le secret.

(1) page 207, note 1.

Il faut donc savoir gré au législateur d'avoir su organiser une publicité aussi discrète, remettant au débiteur lui-même, et sous sa responsabilité, le soin d'éclairer les tiers s'ils ont véritablement intérêt à connaître sa situation, de les repousser s'il juge que la curiosité seule les guide.

44. — Après avoir ainsi justifié les dispositions de l'art. 1690, et donné une idée générale de la publicité qu'il réalise, nous pouvons entrer dans l'examen détaillé de ses conditions d'application.

A cette effet, nous diviserons nos explications en trois paragraphes :

§ 1. Règles spéciales à la signification.

§ 2. Règles spéciales à l'acceptation.

§ 3. Questions communes à l'acceptation et à la signification.

45. — Remarque générale. — L'étude de la signification abonde en détails règlementaires. Nous laisserons volontairement de côté ces questions de procédure et de pratique, nous bornant à signaler les plus importantes au point de vue des principes, le seul, à notre avis, auquel une thèse doive se placer.

§ I

Règles spéciales a la signification

46. — Cette formalité, nous l'avons vu, vient du Droit romain, où, sous le nom de *denuntiatio*, elle était usitée sous l'Empire, pour constituer le débiteur

de mauvaise foi, et compléter par ce moyen les effets imparfaits de l'*in rem suam procuratio* (1).

Elle passa dans l'ancien droit, où elle changea de caractère juridique, et fut considérée comme l'équivalent d'une tradition impossible matériellement à raison de la nature incorporelle de la créance (2).

47. — Enfin, dans notre législation, elle a la valeur d'un organe de publicité. Ce point de vue a été contesté, il est vrai, par MM. Troplong (3) et Duvergier (4), qui y voient une prise de possession de la créance. Cette explication se rattache, dans l'esprit de ces auteurs, au maintien de l'exigence d'une tradition pour la translation de la propriété mobilière, maintien dont ils croient trouver la preuve dans les art. 1141 et 2279 ; l'art. 1690 ne serait que le complément de ce système. Nous ne nous attarderons pas à réfuter cette théorie complétement abandonnée aujourd'hui, et nous contentons de renvoyer aux explications fournies dans notre *Introduction*, sur la substitution, par le Code, du principe de la translation *solo consensu*, au système de l'ancien Droit. Quant aux art. 1141 et 2279, ils ont en vue la protection des tiers de *bonne foi*, et non le maintien, inexplicable sous notre Droit, d'une législation surannée.

48. — La signification consiste en la notification

(1) Voir l'*Introduction*, n° 5.
(2) *Ibid.*, n° 8.
(3) *Traité de la Vente*, II, n°s 882 et seq.
(4) *De la Vente*, II, n°s 209 et 210.

au débiteur, par un officier compétent, de la substance du transport.

49. — C'étaient, à Rome, probablement les *apparitores* (1), dans l'ancien Droit les sergents (2), qui en étaient chargés ; les huissiers leur ont succédé dans ce ministère. Cet acte étant assimilé aux notifications ordinaires, un notaire serait incompétent.

50. — Que doit contenir la signification? Simplement la susbtance du transport, avons-nous dit, c'est-à-dire le fait du déplacement de la créance : c'est là en effet tout ce que les tiers ont intérêt à savoir.

On a prétendu, il est vrai, qu'il fallait une copie littérale de l'acte de transport, comme dans l'ancien Droit, et comme dans la transcription moderne. Cette solution a même été affirmée par un arrêt (3). Mais cette exigence inutile, qui était écrite dans l'art. 108 de la Coutume de Paris, seconde rédaction, n'a pas été reproduite par le Code, alors qu'il empruntait presque textuellement les termes de cet article. Ce silence est significatif, et il devient absolument décisif si on examine la contexture même de l'art. 1690 : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la *signification du transport* faite au débiteur.— Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'*acceptation du transport*, faite par le débiteur. »

Les mots « *du transport* » ont évidemment le même sens dans les deux alinéas. Or, ce que le débiteur

(1) *Suprà*, n° 5.
(2) Pothier. *Du Domaine de propriété*, n° 215.
(3) Bordeaux, 13 juillet 1848. D. 1849, 2. 248.

accepte, c'est bien évidemment le fait même du transport, le *negotium juridicum*, et non l'acte qui le contient, l'*instrumentum* : c'est donc également sur l'événement de la cession que doit porter la signification. La solution adverse conduirait, de plus, à exiger que la cession elle-même fût écrite, ce qui est contraire au principe presque universellement reconnu (1) en vertu duquel la vente peut être verbale. Enfin, s'il faut faire une comparaison avec ce qui se passe en matière de droits réels, si la transcription consiste en une copie littérale, l'inscription des privilèges et hypothèques, elle ne renferme à peine de nullité que certaines mentions nécessaires pour assurer la protection des tiers.

De même, les énonciations substantielles de la signification sont, à notre avis, et par analogie : le fait de la cession, avec son étendue — et les indications nécessaires pour constater l'identité de la créance cédée. La mention du nom du créancier, elle-même, n'est pas exigée à peine de nullité : c'est ainsi qu'un commandé ou un prête-nom peut signifier avant d'avoir déclaré le véritable cessionnaire ou fait élection d'ami : le fait du dessaisissement de l'ancien propriétaire, seul, intéresse les tiers : or ce fait est indépendant de la personnalité de son bénéficiaire. Du

(1) Sauf un arrêt de Bastia, du 6 mars 1855. D. 1855, 2. 302, et l'arrêt de Bordeaux, cité en la note précédente, toute la jurisprudence et toute la doctrine sont dans le sens indiqué au texte. V. notamment : Trib. de Commerce de Bordeaux, 22 fév. 1869. D. 1875. 2. 209 et Rouen, 27 fév. 1885. S. 1886. 2. 127.

reste nous ne faisons ici que délimiter les mentions strictement exigibles pour qu'il n'y ait pas nullité de la signification. En fait, la personne qui notifie ne se contente pas de ces vagues énonciations, légalement suffisantes, et les complète par des informations utiles aux tiers.

Il résulte de notre démonstration que l'art 1690 est suffisamment observé, et qu'une signification spéciale serait inutile, quand l'exploit introductif d'une instance relative à la créance cédée, notifié au débiteur par le cessionnaire, indique la qualité et les titres en vertu desquels procède ce dernier (2).

51. — Par qui la signification doit-elle ou peut-elle être faite?

Elle doit être faite, suivant les règles et sous la responsabilité de droit commun par l'administrateur légal, tuteur, mari, etc., pour celui dont il gère la fortune.

Elle peut être faite par tout intéressé : D'abord, par les parties elles-mêmes :

Par le cessionnaire lui-même, qui complète ainsi et consolide son titre.

Par le cédant : l'art. 1691 le suppose, et il peut, en effet, avoir divers intérêts à l'accomplissement de cette formalité.

La signification constitue, au même titre que la transcription d'une acquisition immobilière ou l'inscription d'une hypothèque, un acte essentiellement

(2) Trib. de Commerce de Bordeaux, 22 fév. 1869. D. 1875. 2 .209.

conservatoire : aussi les créanciers, même conditionnels, du cessionnaire ou du cédant, pourront y procéder au nom de leur débiteur.

Le prête-nom ou l'acquéreur à command peuvent signifier eux-mêmes : en effet (1), la seule mention essentielle à porter à la connaissance des tiers est celle du déplacement ; quant à la personne du bénéficiaire, ils n'ont qu'à s'en assurer en exigeant de celui qui se présente comme créancier, la production de son titre (2).

Le sous-cessionnaire doit signifier et son propre titre et celui de son cédant, au cas où cette formalité n'aurait pas été remplie pour ce dernier : autrement le créancier originaire ne serait pas dessaisi à l'égard des tiers.

52. — A qui la cession doit-elle être signifiée? Au débiteur, en principe, et toujours : c'est la base de notre publicité.

Une application intéressante en a été faite par un arrêt dans l'espèce suivante : un locataire avait sous-loué, puis cédé ses droits à un tiers : la signification doit être, ainsi jugé, adressée à la fois au propriétaire, débiteur de la jouissance, et au sous-locataire, débiteur des loyers (3).

Mais cela suffit-il toujours, et si la personne qui doit payer est autre que le débiteur lui-même, la

(1) *Suprà*, n° 50

(2) *Sic*, Ferrière, sur l'art. 108 de la Coutume de Paris, n° 26. — Tournelle civile. arrêt du 23 avril 1682.

(3) Paris, 24 janvier 1873, D. 1874, 2, 140.

signification doit-elle lui être également adressée?

Un arrêt de la Chambre des requêtes l'a ainsi jugé (1): il est basé sur l'unique motif suivant : la même raison qui, dans l'hypothèse ordinaire, fait exiger la notification aux débiteurs, nécessite ici la signification au tiers qui doit payer : il faut que l'un comme l'autre puisse faire un paiement libératoire, et pour cela il lui faut connaître le titulaire actuel de la créance. Et l'arrêt conclut en décidant, par application de son principe, que la notification doit être adressée au dépositaire, soit du titre, soit des fonds destinés au paiement.

Malgré l'autorité qui s'attache à cette décision, nous ne pouvons nous y rallier : elle nous semble en effet contraire au système général de la loi sur la publicité des cessions de créances : Qu'a voulu le législateur? simplement que le débiteur fût averti, les tiers intéressés à connaître les cessions devant venir se renseigner auprès de lui. Le dépositaire chargé de payer est-il le débiteur de la créance? Non, par hypothèse : il est un tiers. Par conséquent, il n'a pas droit à une notification séparée, directe, sauf à lui, au moment de payer ou de se dessaisir du titre, à s'informer auprès du débiteur, ce qu'il fera certainement, s'il est prudent. Restent les autres tiers : à leur égard la signification au dépositaire est inutile ou dangereuse : inutile si l'on conserve concurremment avec celle-ci la notification du débiteur;

(1) Req. 5 janvier 1875, D. 1876, 1, 15 et 16.

dangereuse si on la supprime pour se contenter de la publicité envers le dépositaire ; car c'est toujours au débiteur lui-même que les tiers demandent des renseignements. Dans le premier cas, à quoi bon notifier au dépositaire ? Dans le second, le débiteur ne pourrait les renseigner exactement.

Que décider pour le cas où la dette grève plusieurs personnes solidairement —, ou d'une manière indivisible —, ou les unes principalement, les autres à titre accessoire ? Ces questions, qui intéressent à la fois la signification et l'acceptation, ont leur place tout indiquée sous le § III (nos 66 et 67).

53. — En quel lieu la notification doit-elle être faite ?

Au domicile réel ou à la personne, et non au domicile élu, car ce n'est pas un acte d'exécution, et la publicité serait illusoire autrement (1).

54. — Quand la notification peut-elle être faite ?

Cette question étant également commune à la signification et à l'acceptation, nous la réservons pour la traiter sous le § III (n° 68).

55. — Même observation en ce qui concerne le concours de deux significations, ou d'une acceptation et d'une signification survenant le même jour (n° 70).

(1) Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 7. Laurent, XXIV, n° 484. Troplong, II, n° 902. Pour le cas où le débiteur est un étranger, V. Laurent et Troplong, *loc. citt.*

§ 2

RÈGLES SPÉCIALES A L'ACCEPTATION

56. — L'origine exacte de l'acceptation est assez difficile à dégager ; ce mode de perfection des cessions de créances n'a jamais, avant le Code, été regardé comme un mode normal, général.

L'acceptation produisait certainement, en Droit Romain, le même effet que la *denuntiatio*, puisqu'il en ressortait clairement que le débiteur connaissait la cession, donc ne pouvait sans dol et sans responsabilité, payer le cédant. Mais, tandis que la *denuntiatio* était un moyen spécial, perfectionné, organisé dans cette intention, l'acceptation n'était que la conséquence de faits étrangers à cette idée, et accidentels. On conçoit donc qu'on n'ait pas songé à faire un mode déterminé, parallèle à la *denuntiatio*, de cet ensemble de faits irréductibles à une même catégorie : paiement partiel par le cédé, ou nouvelles sûretés consenties par lui au cessionnaire, etc.

La première trace que l'on trouve de l'acceptation employée à parfaire une cession, ne remonte qu'à notre ancien Droit ; encore Pothier est-il le seul auteur à peu près qui la mentionne à part, et sur un plan tout-à-fait secondaire (1).

Le Code (art. 1690 2°), en fait un mode normal, qu'il assimile à la signification.

(1) *Introd. générale aux Coutumes*, I, n° 104 ; *du Domaine de propriété*, IX, n° 215 ; *Traité de procédure civile*, X, n° 514.

57. — Dans cette matière, qui a été le siège de confusions fâcheuses, il importe de bien définir, dès l'origine, le véritable caractère juridique de l'acceptation.

L'acceptation ici n'est pas autre chose que la déclaration, faite par le cédé, qu'il connaît le transport et se le tient pour signifié. Cette conception nous semble résulter à l'évidence du contexte de l'art. 1690. Cet article commence par exiger la signification, puis il indique subsidiairement un mode de publicité qui peut suppléer le premier : l'acceptation, considérée comme telle, avec son sens spécial à notre article, elle produit, par suite, les mêmes effets que la signification, tous ces effets et rien qu'eux. Ce principe ne reçoit exception que de l'art. 1295.

L'acceptation n'est donc pas une reconnaissance de la dette envers le cessionnaire, ni un engagement nouveau : pas plus que la signification, elle n'entraîne une novation qui ne peut, jusqu'à preuve contraire, être présumée dans l'intention des parties (1). Elle n'emporte même pas reconnaissance de la validité du transport et renonciation au droit de l'attaquer, puisque la signification elle-même ne produirait pas cet effet.

Nous verrons (n° 154) des conséquences importantes découler de la nature que nous assignons ainsi à cet acte juridique.

Signalons dès maintenant, que ce point de vue crée

(1) Cass. 2 août 1847, 2 mai 1858, rapportées par Rivière, Code civil annoté, sous l'art. 1690.

une différence profonde entre l'acceptation que nous étudions et celle des lettres de change et billets à ordre : cette dernière constitue, en effet, un engagement direct et personnel du tiré envers le porteur, le tireur restant obligé en qualité de caution.

58. — L'acceptation, destinée à suppléer la signification doit, comme elle, sortir effet contre les tiers, et saisir le cessionnaire de la créance.

Mais pour produire ce résultat elle devra être constatée par acte authentique (art. 1690, 2°) que ce soit dans l'acte de session lui-même, pourvu qu'il soit rédigé en cette forme, ou par un acte postérieur et distinct (1).

L'authenticité est exigée dans un double but : d'abord pour donner à cet acte une date certaine par rapport aux tiers. Mais ce motif, seul, n'eût pas suffi, le sous-seing lui-même pouvant acquérir date certaine par l'un des trois modes indiqués par l'art. 1328. C'est surtout pour éviter aux tiers, auxquels peut être opposé l'acte, et qui, tous, sont des ayants-cause du cédant, le danger de voir la validité de l'acceptation dépendre de la sincérité de l'écriture du cédé, qui leur est inconnue et qu'ils ne peuvent contrôler.

59. — Ces motifs n'existent plus quand c'est le cédé lui-même qui nie avoir fait l'acceptation, et par suite conteste que le transport lui soit opposable : l'acceptation même sous-seing, fait foi vis-à-vis de

(1) Civ., rejet, 26 juillet 1880. D. 1880, 1, 366.

lui de sa date, puisque cet écrit émane de lui (art. 1322); d'autre part (art. 1322 à 1324) il lui sera possible, puisque c'est l'écriture prétendue sienne qui est invoquée contre lui, de la reconnaître ou de la contester avec certitude. Aucune raison n'existait par conséquent, pour le soumettre au droit commun.

L'acceptation sous-seing privé devait être opposable au débiteur, son auteur. Cette solution était admise par Pothier, et n'est pas contestée sous notre droit. Mais il faut observer que l'acceptation est dispensée à l'égard du débiteur seulement, de la nécessité d'un acte authentique.

La cour de Chambéry, dans un arrêt du 28 juillet 1871 (2) donne une application intéressante de l'exigence de l'authenticité pour que l'acceptation opère saisine de la créance à l'égard des tiers, alors que cette condition est inutile à l'égard du débiteur lui-même : elle a décidé que la main-levée, donnée par le cédant, de l'inscription hypothécaire qui grève en sa faveur l'immeuble, profite, si l'acceptation a été faite par sous-seing, aux créanciers hypothécaires postérieurs, et est opposable au cessionnaire et à ses créanciers.

Il n'existe aucune autre différence entre le débiteur et les autres tiers, et notamment, les termes d'un acte ne seront regardés comme constituant une acceptation à son égard que si, contenus dans un écrit

(1) D. 1873, 2. 196.

authentique, ils eussent valu comme tels vis-à-vis des autres tiers.

60. — L'acceptation peut être expresse, c'est évident.

61. — Peut-elle être tacite ? Sans doute, puisque la loi n'a pas exigé une acceptation formelle : c'est, du reste, le droit commun. Seulement il faut observer que l'acceptation tacite, pour engager les tiers, doit résulter d'un acte authentique ; autrement elle ne lierait que le débiteur.

62. — Quand y aura-t-il acceptation tacite ?

C'est une question toute d'interprétation. Nous proposerions le criterium suivant : il faut que la lecture de l'acte qualifié acceptation suppose une connaissance du fait du déplacement de la créance au moins égale en certitude à celle qui eût résulté d'une signification régulière (1).

Ce ne serait donc pas une acceptation à notre point de vue que la clause par laquelle un débiteur s'engagerait à tenir pour valable le transport que le créancier ferait de son droit à telle personne : c'est là une pure obligation, d'où l'on peut bien conclure que le débiteur s'attendait à une cession, et l'approuvait d'avance, mais non qu'il en a connu la réalisation avec certitude : l'opération a pu manquer, contre son attente et à son insu.

Par contre, on verrait une acceptation tacite dans le fait, par le débiteur, d'offrir au cessionnaire le remboursement de sa créance.

(1) Req. 6 fev. 1878, D, 1878, 1, 275. — Req. 12 mars 1878, D, 1878, 1, 273.

Ou dans sa participation à la cession, ce qui est même le type de l'acceptation tacite (1).

63.— En résumé, l'acceptation, tacite ou expresse, doit être faite par acte authentique pour être opposable aux tiers : il suffit qu'elle résulte d'un sous-seing, d'un échange de paroles ou même d'un fait quelconque pour agir contre le débiteur : sauf, dans tous les cas, les difficultés de la preuve.

64. — Ici doit se placer une *observation importante* pour la bonne intelligence de notre sujet : il faut soigneusement distinguer les effets de cette acceptation pour ainsi dire privée, et ceux de la connaissance de fait que le débiteur ou un autre tiers peut avoir reçue du transport, par une voie différente de celle de la publicité légale. C'est la confusion de ces deux questions, pourtant bien distinctes, qui a obscurci davantage encore, dans certains auteurs, ces points déjà très délicats par eux-mêmes.

L'acceptation non authentique suppose un fait actif du débiteur, et, une fois établie, elle entraîne forcément opposabilité du transport à son égard : mais elle ne lie que lui.

Quant au point de savoir si la publicité légale peut être suppléée par la connaissance de fait de la cession, c'est une question bien plus générale : elle ne s'élève plus à propos du seul débiteur, mais se pose à propos d'un tiers quelconque, par exem-

(1) Rejet, 1er déc. 1856, D. 1856, 1, 439.

ple, d'un second cessionnaire. Elle ne se restreint plus à l'acceptation, mais est commune aux deux modes de publicité. Enfin, la connaissance de fait une fois établie, il reste un point fort difficile à déterminer, celui de savoir si cette connaissance suffit pour entraîner l'opposabilité : question de droit extrêmement grave.

Les effets de l'acceptation tacite, on le voit, devaient être traités ici, tandis que ceux de la connaissance de fait du transport, trouvent tout naturellement leur place dans le § III, auquel nous arrivons ainsi.

§ 3

RÈGLES COMMUNES A L'ACCEPTATION ET A LA SIGNIFICATION

65. — Nous avons réservé, pour les traiter sous ce paragraphe, quelques questions offrant ce caractère commun qu'elles intéressent à la fois les deux modes de publicité des cessions de créances.

66. — 1° Supposons, d'abord, une dette à la charge de plusieurs obligés solidaires : la notification de la cession doit-elle être faite à chacun d'eux, ou suffit-il qu'un seul accepte, qu'un seul soit touché par la signification ?

La seconde solution est généralement suivie (1) : il y a unité de dette, une seule notification doit suffire, d'autant plus que les codébiteurs solidaires sont réputés s'être donné mandat pour conserver la

(1) Rouen, 14 juin 1847, D. 1849, 2, 241.

créance. D'ailleurs, les partisans de ce premier système admettent eux-mêmes un tempérament pratique ; le paiement fait par l'un des codébiteurs non prévenus au cessionnaire dans l'ignorance où il se trouverait de ce transport, serait valable aux termes des art. 1240 et 1691. Le cessionnaire aura donc intérêt à notifier son acquisition à tous les codébiteurs, pour éviter ce résultat. L'intérêt de la question se réduit donc, en fait, à ce que dans ce système, la notification, ayant pour unique but de les constituer de mauvaise foi, pourrait être faite par n'importe quel procédé, et ne serait utile qu'à l'égard des codébiteurs non prévenus déjà, pour les empêcher de payer au cédant.

Il serait peut-être plus exact et plus conforme à l'esprit de l'art. 1690 de décider que la cession doit être notifiée individuellement à chacun des codébiteurs, et cela, par l'un des deux modes qu'organise cet article, et sous peine de voir le transport inopposable aux tiers autres que les codébiteurs. Si ces derniers étaient seuls intéressés à connaître la cession, on comprendrait à la rigueur que l'idée d'un mandat réciproque entre les codébiteurs, pour recevoir les actes conservatoires intéressant la créance, pût faire admettre la solution précédente ; surtout si l'on tient compte de son correctif, qui protège le débiteur payant de bonne foi le cédant. Mais, avec l'organisation de la publicité des transports, il faut qu'un tiers puisse se mettre au courant de la situation en interrogeant *l'un quelconque* des codébi-

teurs. Or, avec le système dominant, il sera certainement induit en erreur s'il s'adresse à tout autre qu'à celui qui a reçu notification. De plus, une publicité officieuse adressée aux codébiteurs pour les empêcher de payer aux mains du cédé n'aurait aucune valeur à l'égard des tiers, puisqu'il faut pour eux notification authentique.

La solution que nous proposons met la loi à l'abri du reproche d'imprévoyance, évite une lacune et a l'avantage de rentrer dans le système général de la publicité des transports. En l'absence d'un texte contraire, il semble donc préférable de l'adopter.

Cette solution entraîne nécessairement la même décision au cas d'une dette indivisible à la charge de plusieurs.

67. — Si l'on suppose une dette principale garantie par une caution, la signification au débiteur principal ou l'acceptation par lui doit suffire.

En effet, l'engagement de la caution est accessoire : il suit le sort de l'obligation du débiteur principal : la caution est donc tenue envers le cessionnaire du moment où le débiteur principal l'est, et de ce moment seulement. Une signification directe à la caution serait donc inutile, au cas où le débiteur principal aurait déjà reçu notification, et de nul effet au cas contraire. Observons, néanmoins, que la caution aurait aussi droit au bénéfice des art. 1240 et 1691, et qu'une notification serait utile pour le lui enlever ; mais alors il suffirait d'un avis donné dans une forme quelconque.

68. — 2° A quel moment les formalités de l'art. 1690 doivent-elles être remplies pour être valables ?

Cette question se dédouble :

A partir de quand seront-elles utilement observées ?

Jusqu'à quel moment pourront-elles l'être ?

69. — Sur le premier point, la doctrine et la jurisprudence sont muettes. Elles ne le tranchent que tout à fait accidentellement, et, nous allons le voir, d'une manière qui semble laisser à désirer : on se demande si la clause à ordre ne doit pas être proscrite des obligations civiles comme permettant aux parties de s'affranchir de la notification, et de rendre ainsi les cessions clandestines. Et l'on répond négativement, en s'appuyant sur ce que cette clause vaut acceptation anticipée de toutes les cessions à intervenir : or, dit-on, la loi n'a pas fixé de temps où la publicité doive s'accomplir ; elle peut donc précéder la cession.

Cette décision, jetée du reste, sans examen spécial, au courant d'une discussion, nous semble des plus contestables. Publicité anticipée, voilà, en effet, deux termes incompatibles. La publicité est destinée à donner la connaissance *certaine* d'un acte intéressant les tiers. Or le débiteur ne peut avoir, avant que la cession soit consommée, la certitude qui est de l'essence de la publicité : jusqu'à ce que le transport soit un fait accompli, l'on est en face d'un simple projet qui peut échouer : et la publicité, organisée dans un but de crédit, destinée à éclairer les tiers, à

les garantir contre des surprises, aboutirait alors justement au résultat inverse !

On objecte que l'on ne peut expliquer l'admission de cette clause en matière commerciale, qu'en y voyant une satisfaction anticipée au principe de la publicité ; ce motif a été, nous venons de le voir, donné à l'appui de la théorie que nous défendrons, et d'après laquelle la clause à ordre peut être insérée même dans une obligation civile : mais nous montrerons que, si la clause à ordre est admise en matière commerciale et si elle doit l'être aussi en matière civile, c'est pour un motif d'un ordre bien différent : c'est pour cette excellente raison que, par suite de la nature spéciale de cette clause, il n'y est besoin d'*aucune* publicité (n° 72).

C'est donc seulement à partir de la cession qu'on peut notifier.

69 bis. — Jusqu'à quel moment le peut-on ?

Aucun délai maximum n'est imposé : on le peut donc toujours, sauf à ne pouvoir opposer à certains tiers, dans certains cas, la notification tardive à leur égard.

C'est ainsi que nous croyons devoir formuler cette dernière restriction : les événements visés, et que nous allons énumérer, n'empêchent pas, en effet, l'inscription valable de privilèges ou d'hypothèques, ni la transcription, ni la notification d'une cession : ils la rendent seulement inefficace à l'égard de personnes ayant acquis des droits propres avant

ces mesures ; vis-à-vis de tous autres, elle produirait son plein et entier effet.

Cette observation a pour but de mettre en garde contre certaines formules courantes, desquelles il semblerait résulter que l'inscription, la transcription, la notification, seraient alors nulles, dénuées de tout effet.

Ces évènements sont :

1° La naissance, au profit du débiteur, de certaines exceptions du chef du cédant ;

2° Une autre cession suivie de notification ;

3° L'établissement d'un droit de gage sur la créance cédée, quand les formalités prescrites par l'art. 2075 ont été observées ;

4° Une saisie-arrêt pratiquée par un créancier du cédant entre les mains du débiteur ;

5° La faillite du cédant.

On discute et on résout généralement par la négative la question de savoir si la simple cessation des paiements suffit pour produire cet effet, et s'il faut ajouter à cette liste la déconfiture et l'acceptation bénéficiaire de la succession du cédant.

Les cinq classes de faits énumérées ci-dessus rendent la signification, donc la cession, inopposable : au débiteur, au second cessionnaire, au créancier gagiste, qui ont conservé leur droit conformément à la loi, au créancier saisissant-arrêtant, aux créanciers de la masse.

Nous nous bornons à cette indication, nécessaire pour compléter les notions d'ensemble qu'il convient

de donner ici sur le mécanisme de la notification. Le développement de ces questions formera notre chapitre III, « *de la Sanction de la Publicité.* »

70. — 3° Si des cessions sont successivement consenties par le créancier sur la même créance, d'après les principes qui ont été exposés au numéro précédent, le premier qui aura notifié le transport à lui consenti ou reçu l'acceptation du débiteur, l'emportera sur l'autre.

La priorité résultera du rapprochement des dates, ce qui, en général, ne donnera lieu à aucune difficulté : la signification ou l'acceptation étant constatée, la première obligatoirement, la seconde très généralement, par un acte authentique qui leur confère date certaine. Cependant, une double question peut s'élever.

Supposons d'abord deux significations, ou une signification et une acceptation ou deux acceptations intervenues le même jour : si les actes constatent respectivement l'heure où la formalité a été remplie, l'auteur de la première en date devra-t-il être préféré ?

Il faudra le décider, à s'en tenir aux principes, s'il ne se trouve un texte contraire.

Ce texte, on a cru le trouver dans l'art. 2147, au titre « *des Privilèges et Hypothèques* », qu'on a prétendu appliquer ici par analogie, les situations étant identiques. Ce texte décide que « tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinguer entre

l'inscription du matin et celle du soir, *quand cette différence serait marquée par le conservateur.* » Le législateur, dans cette disposition, a eu pour but d'empêcher que le conservateur des hypothèques disposât souverainement de la validité des inscriptions : il a voulu tarir toutes contestations sur ce point où la preuve contraire est si délicate : ainsi doit-il en être ici, dit-on, et à plus forte raison encore ; où la loi a suspecté l'impartialité d'un officier public, qui, lui, devait savoir certainement laquelle des demandes d'inscription avait été déposée la première, on ne doit pas admettre la preuve résultant de la constatation, inexacte peut-être, de l'heure où deux significations ont été faites au nom de deux cessionnaires différents.

Le système opposé qui domine, du reste, nous semble préférable. L'art. 2147 ne peut, à raison de sa nature incontestablement exceptionnelle, être étendu au cas présent sans une violation manifeste des lois de l'interprétation : le droit commun, c'est la règle *prior tempore, potior jure*, en vertu de laquelle le cessionnaire qui, le premier, a notifié, doit l'emporter ; or, ici, la priorité de l'un est établie d'une manière authentique. A cette règle l'art. 2147 déroge bien en ce qui concerne l'inscription des privilèges et des hypothèques —, mais aucun texte analogue n'existe ici : nous ne pouvons le suppléer.

Ce premier point établi, une question plus délicate se présente. Nous avons jusqu'ici supposé les notifications portant elles-mêmes la date où elles ont eu

lieu, et qui participe ainsi au bénéfice de l'authenticité qui garantit la notification elle-même : mais si la comparaison entre les dates ne peut s'établir par le seul rapprochement des actes, l'un au moins d'entre eux ne portant pas de date, peut-on suppléer à cette lacune de rédaction par des moyens de preuves tirés hors de l'acte ?

On est d'accord pour admettre celle qui résulte de l'aveu et du serment : c'est conforme à la théorie générale des preuves.

Mais peut-on accueillir la preuve testimoniale et les simples présomptions ?

La raison de douter est que l'art. 1341, dans son second alinéa, défend de prouver « *outre* ou *contre* le contenu à l'acte », quand un écrit a été dressé : or, dit-on, c'est compléter l'acte, c'est prouver *outre*, par conséquent, que de vouloir établir sa date quand elle ne résulte pas de l'acte lui-même. Par suite, aucun des cessionnaires ne peut établir la priorité de sa notification, ils sont donc *in pari causâ*, et viendront en concours sur la créance (1).

Cette opinion n'a pas réussi en jurisprudence, et ne devait, pensons-nous, pas réussir. La formule de l'art. 1341 « *contre* et *outre* le contenu aux actes, » empruntée aux ordonnances de 1566 et de 1667, doit être prise dans son sens traditionnel : elle a trait uniquement à la convention elle-même qui est contenue dans l'*instrumentum*, aux clauses qui

(1) Paris, 26 avril 1822, Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 20, Marcadé, sur les art. 1689 à 1691, I.

la constituent et aux rapports de droit qu'elles créent. Or la date n'est pas un élément du contrat : c'est une simple circonstance extérieure ne modifiant en rien les conventions formées ; c'est un pur fait, qui peut donc, d'après la théorie dominante, être prouvé même par témoins et par présomptions. La majorité de la doctrine est également en ce sens (2).

La question d'antériorité serait la même et devrait recevoir la même solution, s'il s'agissait de régler le conflit d'une saisie-arrêt ou d'une signification faite par un créancier gagiste en vertu de l'art. 2075, soit entre-elles, soit avec une signification ou une acceptation destinée à consolider une cession.

71. — 4° La connaissance de fait d'un transport, acquise par un tiers, peut-elle suppléer le défaut de notification à son égard ?

Sur ce point, qui met en jeu le principe même de la publicité, la jurisprudence est loin d'être formée ; et ses décisions, contradictoirement motivées, augmentent encore l'obscurité répandue en cette matière par la confusion de questions pourtant bien distinctes. Il importe donc d'établir nettement la position de la question, puis, dans la discussion de ses différents points, de ne pas perdre de vue les principes, dont l'oubli produit toujours le désordre.

(2) Bonnier. *Des Preuves*, n° 143. — Demolombe. XXX, n° 92. — Merlin. Rép. *V° Preuve*, sect. II, § III, art. 1, n° 10. — Troplong. II, n° 903. — Bruxelles, 30 janv. 1808, S., 7, 2, 1253.— Rejet. 29 août 1849 D, 1849, 1, 273. — Montpellier, 4 janv. 1853. D, 1854, 2, 171.

D'abord, il faut éviter toute confusion entre cette question et celle de l'acceptation non authentique par le débiteur : nous avons pris soin (n° 64) de distinguer ces deux hypothèses absolument différentes : nous nous bornerons ici à rappeler que l'acceptation du transport par le débiteur, par acte non authentique, l'engage sans que ce point soit susceptible de discussion, et n'engage que lui : la difficulté, dans ce cas, porte uniquement sur l'interprétation des faits qui peuvent constituer une acceptation tacite.

Tandis qu'ici le principe même de l'équivalence de la connaissance de fait avec la notification légale est contesté : il forme l'objet de la controverse.

Le problème se pose donc en ces termes : la connaissance que le débiteur a acquise du transport autrement que par les voies légales, vaut-elle, à son égard, de notification, et le rend-elle irrecevable à invoquer le défaut de publicité ?

La question, ainsi réduite à sa plus simple expression, et dégagée des éléments qui, d'ordinaire, la compliquent, ne nous paraît pas souffrir de difficulté.

Lorsque la loi organise une publicité spéciale, c'est pour éviter les difficultés de preuve sur le point, souvent fort délicat, de savoir s'il y a eu ou non connaissance ; le but du législateur est de tarir les procès. Alors, de deux choses l'une :

Ou bien les formalités de publicité ont été remplies : la loi présume alors, sans que la preuve

contraire soit admise, que les tiers ont eu connaisnaissance des faits à publier : il ne dépendait que d'eux de se renseigner avec certitude ; si donc ils n'ont pas connu l'acte notifié, c'est qu'ils n'ont pas pris la peine de s'informer, c'est par suite d'une négligence de leur part : la loi n'avait pas à les protéger contre leur propre incurie : *jura vigilantibus, non dormientibus prosunt.*

Ou bien les formalités n'ont pas été observées : alors les tiers sont présumés, sans que la preuve contraire soit admissible, avoir ignoré le fait, légalement resté clandestin ; la négligence de la partie intéressée à la publicité retombe sur elle : c'est justice.

Voilà la solution à laquelle conduisent les principes ; et les décisions des textes sont conformes aux déductions du raisonnement :

Consultons l'art. 1071, au titre « *des Donations* : » ce texte complète le système de sanction de la publicité des substitutions : cette publicité se fait par une transcription. L'art. 1070 avait permis aux tiers intéressés d'en invoquer l'absence : l'art. 1071 décide que « le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription. »

Certes, aucun texte aussi précis n'existe en ce qui concerne la transcription des aliénations entre-vifs ni la notification des cessions de créances : mais on doit regarder l'art. 1071 comme un texte de droit

commun, qu'on eût pu suppléer, pour les substitutions, par le jeu des principes, s'il n'eût pas été écrit, et qu'on doit sous-entendre de même pour la transcription ordinaire et pour la notification des transports : l'organisation et la sanction de toutes les publicités doivent être identiques, comme leur principe, comme le but qu'elles doivent atteindre.

L'art. 1690 lui-même, par sa formule impérative, montre bien qu'il en est ainsi en matière de notification.

« Le cessionnaire *n'est saisi*, à l'égard des tiers, *que* par la signification du transport faite au débiteur.

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un « acte authentique. »

Ce texte consacre notre solution dans des termes absolus : la signification, voilà, en principe, le seul mode de transmission à l'égard des tiers : à cette généralité, la loi n'admet qu'une seule exception ; un seul fait peut suppléer la signification, c'est l'acceptation du débiteur par acte authentique ; tout autre mode est donc virtuellement exclu.

De plus, pourquoi la loi exige-t-elle que la notification soit faite par acte authentique pour être opposable aux tiers, sinon afin d'empêcher tout procès sur la connaissance qu'ils pourraient en avoir acquise par d'autres voies ?

Enfin, si on donnait effet contre les tiers à la connaissance qu'ils ont de la cession, il faudrait éga-

lement leur permettre de s'en prévaloir ; et, notamment, le cédé pourrait l'opposer aux créanciers du cédant, ce qui est inadmissible (1).

Que le cessionnaire ne se plaigne pas : il avait à sa disposition le moyen de rendre la cession opposable aux tiers, il ne l'a pas employé ; il est en faute et ne saurait s'en prendre qu'à lui-même.

L'application du principe de l'art. 1071 à la transcription des aliénations à titre onéreux ou des donations n'est pas contestée ; nous pouvons en tirer un puissant argument d'analogie.

Donc, par elle-même et par elle seule, la connaissance de fait du transport serait insuffisante pour valoir de notification à l'égard de celui qui l'a acquise.

(1) *Sic*, L. ult., D., *de transact.*, L. 3, C. *de novat.* — Brodeau, nomb. 18. — Ferrière, sur l'art. 108 *De la coutume de Paris*, n° 8. — Bourjon, liv. VI, tit. VII, ch. 2, n° 7 (t. 2, p. 557). — Pothier, *Procédure civile*, 4e partie, ch. II, sect. 3, § 6. — La jurisprudence du Parlement de Paris. — Aubry et Rau, IV, n° 359 *bis*, p. 428. — Marcadé, VI. sur les art. 1689 à 1691, n° 2.

Contrà, Choppin, sur la coutume de Paris, titre des *act. personnelles* n° 8. — Balde, *Consil.* 383, vol. 2. — Despeisses, tit. 1, *de l'Achat*, sect. II, n° 4, 3°.

Il est très difficile de classifier les arrêts sur cette question, car ils se décident, en général, par de tout autres raisons que des raisons de droit. Cependant, nous pouvons citer comme la résolvant certainement :

En notre sens, Paris, 8 décembre 1843, D. 1844, 2, 85. — Nancy. 22 août 1844, D. 1845, 2, 12. — Bastia, 10 mars 1856, D. 1856, 2, 178. — Req., 13 avril 1859, D. 1859, 1, 417.

En sens contraire, Civil rejet, 13 juillet 1841, D. 1841, 1, 242. — Req., 17 août 1844, D. 1845, 4, 508. — Rouen, 14 juin 1847, D. 1849, 2, 241. — Tribunal de commerce de Bordeaux, 22 février 1867, D. 1875, 2, 209. — Orleans, 4 décembre 1886, D. 1886, 2, 154.

72. — Cette solution devrait-elle changer si le tiers qui veut invoquer le défaut de notification avait agi frauduleusement en acquérant son droit ?

On l'a soutenu : la fraude, dit-on, fait exception à toutes les règles ; c'est ce que MM. Aubry et Rau expriment en d'excellents termes : « Ce serait méconnaître l'esprit de la disposition de l'art. 1690, dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que de l'appliquer d'une manière tellement absolue qu'elle pût avoir comme résultat de couvrir les actes entachés de mauvaise foi. »

Nous ne voyons pas que les principes conduisent à la solution proposée par les excellents auteurs. Elle serait admissible si nous étions dans une matière où l'équité dût prédominer ; mais elle doit être repoussée dans la question actuelle qui est, comme toutes celles de publicité, une question de droit strict. Pour prouver le dol, il faudrait établir que le tiers a eu connaissance de la cession : or, nous venons de voir que la loi, en organisant une publicité, a eu justement en vue d'empêcher toute difficulté de naître sur le point de savoir s'il y a eu ou non connaissance. D'ailleurs qu'est-ce qui constituerait ici le dol ? La détermination du caractère de la connaissance de fait et des actes du tiers donnerait lieu, dans chaque cas, aux questions les plus délicates, questions que le législateur a eu pour but de prévenir : ce serait rendre sa publicité fort précaire que de permettre de contester, à chaque conflit nouveau, l'une des deux conséquences que nous en avons signalées : l'impossi-

bilité de suppléer par une preuve directe au défaut de publicité. On objecte que l'art. 1690, texte de faveur, de protection pour les tiers, ne saurait avoir pour résultat d'encourager leur mauvaise foi. Certes, et dans notre système lui-même, la fraude ne restera pas impunie; seulement la sanction sera différente de celle que proposent les partisans de l'opinion adverse. Ce ne sera pas l'inopposabilité du défaut de publicité : le principe que la fraude fait exception à toutes les règles n'est écrit nulle part, et il ne serait pas difficile de trouver telles hypothèses où il est certainement en défaut. La sanction, les principes l'indiquent suffisamment: il y a eu dol, c'est-à-dire quasi-délit, dommage injustement causé : il y aura lieu à réparation, à dommages-intérêts de la part de son auteur.

La même solution est textuellement donnée par la loi en matière de transcription de substitutions (art. 1070), et on l'applique par identité de motifs et analogie complète de situation à la transcription des donations entre-vis ordinaires; elle est enfin adoptée en matière de transcription, ce qui vient encore fortifier, étant donnée l'analogie déjà plusieurs fois signalée des deux situations, la décision que nous recommandons.

72. — 5° Une question extrêmement grave s'impose maintenant à notre examen.

On l'énonce ordinairement dans les termes suivants: la publicité de l'art. 1690 est-elle d'ordre public? Peut-on stipuler conventionnellement cer-

taines clauses dispensant de notification et rendant la cession opposable aux tiers sans les formalités de cet article?

Cette formule est inexacte, ainsi que la discussion l'établira : il nous semble donc préférable de l'exposer dans les termes suivants : Peut-on insérer dans une obligation civile la clause à ordre ou la clause au porteur?

Le Code de commerce prévoit, en effet, que certaines obligations peuvent se transmettre à l'égard des tiers par des modes abrégés, que nous étudierons sous la section II :

Par l'*endossement*, c'est-à-dire par une mention portée au dos du titre lui-même, et constatant la cession (art. 136 et 187 du Code de commerce). Ce mode est applicable aux titres contenant la clause dite *clause à ordre*, c'est-à-dire stipulés payables à la personne désignée par le bénéficiaire du billet;

Par la simple tradition, lorsque le titre est stipulé payable *au porteur* (art. 35. C. Co).

Ces modes simplifiés de cession *ergà omnes* peuvent-ils être appliqués conventionnellement à une obligation civile, constatée dans la forme civile par sous-seing ou par acte notarié?

La question présente des intérêts multiples, et l'on peut relever quatre différences principales, toutes fort importantes, entre les titres munis de ces clauses et les titres ordinaires : les trois dernières ne sont d'ailleurs, à proprement parler, que des conséquences de la première :

1° La notification n'est pas nécessaire pour que le titre à ordre ou au porteur soit transmis à l'égard des tiers : il suffit de l'endossement ou de la tradition.

Ceci ne présente, du reste, aucun danger : l'endossement est porté sur le titre à ordre lui-même, à peine de nullité ; quant aux titres au porteur, c'est celui qui les détient, qui en est propriétaire à l'égard des tiers : les tiers, sur la simple production de ces titres, qu'ils sont en droit d'exiger, seront donc renseignés avec la plus grande certitude.

2° Les exceptions personnelles à l'endossataire ou au porteur qui se présente au paiement, ou celles qui sont incohérentes au titre lui-même, les exceptions *réelles*, pour ainsi dire, sont seules opposables à ce titulaire : le débiteur ne peut invoquer contre lui les exceptions nées du chef du créancier primitif et à lui personnelles, ou du chef des endossataires ou porteurs intermédiaires.

Cette différence s'explique par cette idée que le débiteur s'est engagé directement envers le porteur ou l'endossataire titulaire à l'échéance (même n°, *infrà*) ; ce dernier n'est donc pas ayant-cause des endossataires précédents, et ne peut être tenu des exceptions nées de leur chef.

3° Le paiement ne peut avoir lieu au porteur ou à l'endossataire que sur présentation et contre remise du titre : au lieu qu'en droit commun ce paiement est libératoire de quelque manière qu'il soit fait, même sans remise du sous-seing et de la grosse par le créancier : sauf les difficultés de preuve.

C'est que, dans les titres au porteur, la créance se confond avec l'*instrumentum* qui la constate : là où est le titre, là est la créance ; et, dans les titres à ordre, l'endossataire désigné le dernier reste propriétaire et seul propriétaire à l'égard des tiers : l'endossement qu'il consentirait à un tiers, même après avoir reçu le paiement des mains du débiteur, serait donc valable à l'égard de ce dernier : il faut donc que le débiteur, dans les deux cas, se fasse remettre le titre afin de pouvoir l'annuler.

4° Dans les titres à ordre, la garantie est bien plus rigoureuse que dans les obligations ordinaires.

D'abord, le cédant y répond de la solvabilité au jour de l'échéance, et non plus seulement de l'existence de la créance au jour de la cession : la clause de *fournir et faire valoir* y est donc sous-entendue de droit.

Puis le tireur et les endosseurs successifs sont tous et solidairement responsables de cette garantie, tandis qu'en droit commun, le cessionnaire n'a recours, au moins directement, que contre son cédant.

Cette quatrième différence est évidemment spéciale aux titres à ordre, puisque, dans les créances au porteur, il ne saurait être question de garantie.

Elle s'explique par le supplément de crédit qu'il convient d'accorder à des titres destinés à circuler rapidement et comme monnaie courante : car la forme qu'on leur donne n'a pas d'autre but.

Tels sont les principaux intérêts de la question, qui en soulève encore bien d'autres de moindre por-

tée. Si l'on observe de plus qu'elle met en jeu les principes les plus importants du droit civil et du droit commercial ; si l'on se rappelle qu'elle a fait depuis cinquante ans l'objet d'une controverse vive, passionnée, divisant la doctrine et la jurisprudence, on comprend avec quelle force l'attention du monde juridique fut attirée par les débats qui, à une année d'intervalle, furent deux fois soulevés devant la Cour de Cassation, à propos de l'insertion de la clause à ordre dans une obligation civile (1).

La Cour suprême, par deux fois, se ralliant enfin à l'opinion soutenue par la doctrine, réforma des arrêts des Cours d'appel, dont la jurisprudence, jusque-là, avait été à peu près unanime en sens inverse, et admit la validité, à l'égard des tiers, de la clause à ordre ainsi stipulée.

Les Cours d'appel invoquaient, à l'appui de leur décision, un motif unique, mais extrêmement puissant : les questions de publicité sont d'ordre public, et il ne saurait être permis aux particuliers d'y déroger par leurs conventions : elles sont au-dessus des engagements privés (art. 6).

La clause à ordre a bien été autorisée par le Code de commerce, dans un but de faveur pour les créances commerciales, dans l'intérêt de leur libre circulation, du crédit et, par conséquent, du développement des transactions. Mais on ne peut la transporter

(1) Cass., 8 mai 1878, D.1878, 1, 241, avec une note remarquable de M. Beudant ; Cass., 7 mai 1879, D. 1879, 1,307.

en Droit civil, l'étendre aux obligations civiles pour lesquelles elle n'a point été créée.

Nous trouvons ce motif fort bien exprimé dans les considérants de l'arrêt de la Cour de Riom, du 27 juillet 1875, cassé par l'un des deux arrêts cités plus haut :

« Attendu qu'une pareille stipulation n'a pu changer la nature du titre et lui faire produire les mêmes effets qu'à la lettre de change ou au billet à ordre ; que ce moyen de transmission ayant été créé dans l'intérêt du commerce et pour en faciliter les transactions, les mêmes raisons de faveur ne sauraient exister pour les obligations civiles ; qu'elles restent donc soumises au droit commun ; que leur transmission par voie d'ordre, ne valant que comme simple transfert de créance, ne produit ses effets qu'entre le cédant, le cessionnaire et leurs ayants-cause... » (1).

Levasseur (2) donnait la formule de ce système en qualifiant l'endossement de « voie extra-civile de cession ».

(1) *Sic*, Lyon, 22 mars 1830 ; S., 1831, 2, 238. — Grenoble, 7 fév. 1835 S. 1835, 2, 340. — Colmar, 5 nov. 1839 ; J. Pal., 1841, p 268. — Limoges, 27 nov. 1845 ; D., 1845, 2, 37. — Cass. 11 avril 1849 ; D., 1849, 1, 141. — Cass. 4 août 1850 ; J. Pal., 1850, 1, 283. — Paris, 9 mai 1863 et Rej. 25 nov. 1865 ; D., 1866, 1, 55. — Riom, 27 juillet 1875 (cassé par l'arrêt du 8 mai 1878) ; Caen, 14 juin 1876 ; D., 1878, 2, 133 (cassé par l'arrêt du 7 mai 1879). Et la minorité de la Doctrine : Dalloz, J. G., v° *Effets de commerce*, n° 433. — Demangeat, *Droit commercial*, III, p. 544. — Laurent XXIV, n° 498. — Marcadé, sur l'art. 1690, VI. — Toullier, *Des Lettres de change*, n° 383. — Troplong, *Vente*, II, n° 880.

(2) *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, I. n° 479.

La très grande majorité de la doctrine admettait la solution inverse, avons-nous dit (1).

Des arrêts isolés (2) l'avaient suivie dans cette voie, mais sans succès.

Depuis les arrêts de principe de la Cour suprême, la question semble définitivement résolue.

Elle l'est dans le sens des nécessités pratiques, c'est évident. — Nous croyons qu'elle l'est aussi conformément aux principes eux-mêmes.

Nous laisserons de côté un argument qui pourtant a été mis en avant, mais auquel nous n'accordons pas grande confiance: on a fait le raisonnement suivant: si la signification est exigée en droit commun, c'est par interprétation de volonté, c'est parce que le débiteur doit être présumé n'avoir contracté que sous la condition d'être tenu au courant des cessions de la créance, afin de pouvoir à coup sûr se libérer valablement.

Cet argument nous semble porter à faux, et tomber sous l'objection présentée par les Cours d'ap-

(1) Notamment, Alauzet, *Traité de Droit commercial* III, n° 142.— Beudant, note sous l'arrêt de Cass. du 8 mai 1878, précité. — Boistel, *Précis de Droit commercial*, n° 219. 746, 839. — Bravard-Veyrières, *Traité de Droit commercial*, III, p. 141. — Duvergier, *Vente*, II, n° 212. — Massé, *Droit commercial*, 2e édit., III, n° 1573, IV, n° 2301. — Nouguier, *Traité de la Lettre de Change*, nos 602,609. — Pardessus, *Droit Commercial*, 6e edit. II, 320. — Pascaud, *Revue critique*, 1878, p. 705 et seq.

(2) Lyon, 4 juin 1833, rapporté sous Civ. rej. 18 nov. 1833, Dalloz, J. G. Vo *Privilèges et hypothèques*, n° 1267, 3°. — Paris, 27 juin 1836, Dalloz, J.G. Vo *Effets de Commerce*, n° 376, 2°. — Alger, 7 mai 1870, D. 1871, 2, 1, (implicitement). — Agen, 27 déc. 1875, D. 1879, 1, 14.

pel: la publicité est d'ordre public, et elle a été organisée ici, nous l'avons vu, en faveur des autres tiers aussi bien que du débiteur; s'il doit être averti de transport, c'est non-seulement pour sa propre utilité, mais encore pour pouvoir renseigner les autres intéressés qui s'adresseront à lui. Si donc le débiteur peut renoncer à ces garanties en ce qui le concerne, il est impuissant à disposer du droit des autres tiers à la publicité. Entre les parties la clause à ordre serait valable, et le débiteur qui a consenti à l'insertion de cette clause dans son obligation, ne pourrait refuser le paiement à la personne désignée par le dernier endos. — Mais elle serait inopposable aux tiers, et, par exemple, un second cessionnaire serait préféré au cessionnaire antérieur qui aurait négligé de notifier. L'erreur de ceux qui emploient cet argument consiste donc à partir du principe faux que la publicité n'est requise que dans l'intérêt du débiteur parce qu'elle s'adresse directement à lui seul: c'est la négation presque complète du principe de la publicité en matière de cession de créances.

Nous repousserons également, et pour les mêmes motifs, un argument très souvent présenté; il n'est, au fond, que la reproduction du précédent sous une autre forme. Il consiste à dire que la clause à ordre n'est aucunement la négation du principe de la publicité, qu'elle en est au contraire l'application, et qu'elle équivaut d'une manière simplifiée à l'accomplissement des formalités de l'art. 1690 : la loi

n'ayant indiqué aucune condition de temps pour leur observance, l'acceptation peut intervenir avant le transport : or, la clause à ordre n'est pas autre chose qu'une acceptation anticipée.

Ce point de vue n'est pas moins inexact que le précédent.

D'abord, même en regardant la clause à ordre comme une acceptation anticipée, il faudrait qu'elle fût constatée par un acte authentique pour être opposable aux tiers autres que le débiteur : (art. 1690, 2°). Or la question s'élèvera le plus souvent à propos d'un sous-seing. L'argument alors ne pourrait venir. Bien plus, et en supposant même cette clause insérée dans une obligation notariée, nous avons vu (n° 69) que l'acceptation ou la signification ne peut intervenir valablement qu'après la cession qu'elle est destinée à publier : une notification anticipée équivaudrait donc, en droit, à l'absence totale de publicité, comme elle y équivaut évidemment en fait. Or, en admettant que l'on puisse renoncer à la publicité, ce qui est déjà très contestable, le débiteur ne pourrait, encore une fois, y renoncer qu'en ce qui le concerne : la clause à ordre, ainsi expliquée, vaudrait renonciation : elle serait donc inopposable aux tiers.

Nous écartons donc les deux motifs ci-dessus, qui, invoqués à l'appui de notre théorie, ne pourraient servir qu'à la compromettre. Nous croyons que l'on peut, au contraire, trouver un argument de décision dans le raisonnement suivant :

Le débiteur, en consentant la clause à ordre, ne s'oblige pas purement et simplement envers le preneur : s'il en était ainsi, le débiteur ne se trouverait engagé envers les titulaires successifs que par suite de l'exercice, par eux, du droit, qui appartient au créancier, de vendre sa créance, c'est-à-dire par suite de véritables cessions : il faudrait alors, en effet, exiger l'accomplissement des formalités de publicité. Mais il n'en est pas ainsi.

Le débiteur s'oblige — et ce sont les termes mêmes de la clause à ordre — à payer au preneur ou à son ordre : il y a là, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une obligation subjectivement alternative : une obligation qui a un seul objet, mais deux titulaires actifs destinés à venir à défaut l'un de l'autre ; l'un, c'est le créancier — l'autre, c'est la personne que désignera définitivement, soit le créancier lui-même, soit toute personne à laquelle il aura délégué ce droit, le plus souvent moyennant finance (1). Le débiteur n'aura jamais été tenu qu'envers le créancier, s'il n'use pas de l'ordre — *ou* le dernier endossataire, s'il a profité de la faculté de désignation.

Que cette conception de la clause à ordre soit exacte, nous en trouvons la preuve, non-seulement dans la formule même de cette clause, mais encore

(1) La clause à ordre confère donc au créancier une sorte de droit de présentation, et c'est proprement ce droit qu'il transmet par l'endossement : le dernier endossataire, n'ayant pas usé de son droit de désignation, reste le dernier désigné, et touche.

Il y a là une analogie frappante avec la transmission des offices ministériels.

dans l'un des effets spéciaux qu'elle produit : les exceptions personnelles au titulaire actuel ou inhérentes au titre lui-même sont les seules qui soient opposables à ce titulaire. Nous avons justifié cette conséquence (n° 72, 2°) par l'idée que le débiteur s'est engagé directement envers ce dernier titulaire : et nous ne croyons pas qu'une autre explication soit possible.

La question se trouve ainsi singulièrement réduite, et ramenée à l'examen du point suivant :

Peut-on valablement s'obliger envers une personne indéterminée à désigner par un tiers ?

L'affirmation est certaine.

Elle ressort d'abord du grand principe de la liberté des conventions : cette clause n'a, en effet, rien d'illicite (1) ni d'immoral, et nous ne connaissons aucun texte ni aucun principe qui fasse obstacle à sa validité.

Bien plus, la loi elle-même reconnaît des exemples d'obligations de cette nature : pour n'en citer qu'un, la vente avec déclaration de command n'est pas autre chose (2). Les relations de vendeur à acheteur et les obligations qui en découlent naissent directement entre le vendeur et le tiers que désignera le commandé.

La véritable nature de la clause à ordre maintenant

(1) Puisqu'il est certainement permis de l'insérer en matière commerciale.

(2) Le décret du 13 septembre 1791 organisait la déclaration de command. Les art. 705, 707 et seq. du Code de procédure en règlent les effets dans un cas spécial.

dégagée, nous voyons qu'il n'y a rien dans cette convention, dans cette obligation envers une personne à désigner par une personne déterminée, qui soit spécial aux obligations commerciales (1); le principe de la liberté des conventions, déjà invoqué, doit la faire admettre dans tout contrat.

Le Code de commerce lui-même vient fortifier la démonstration que nous venons de tenter, en faisant une application du principe que la clause à ordre peut être insérée dans une obligation civile : c'est ce qui résulte de la combinaison des deux axiômes suivants :

Le Billet à ordre renferme essentiellement la clause à ordre ;

Or, le Billet à ordre peut constater une obligation civile : l'art. 636 C. Commerce le reconnaît formellement : « Lorsque les billets à ordre..... n'auront pas pour occasion des opérations de commerce ».

Si cette clause est organisée au Code de commerce, c'est que son usage était, en fait, lors de la rédaction des Codes, et est resté presque entièrement, exclusif au Droit commercial : la première application qui en a été faite en matière civile — au moins le premier procès que cette application ait soulevé — remonte seulement à l'année 1830, et est donc de beaucoup postérieure à la publication des Codes.

(1) Parmi les effets spéciaux que nous avons signalés de cette clause, il n'en est pas un, on l'a vu, que l'on ne pût obtenir, par une stipulation expresse, dans une obligation civile. Or, l'intention des parties est évidemment de faire produire ces résultats à la clause à ordre ; il y a donc lieu de les sous-entendre, en faisant application de l'art. 1156 du Code civil.

Nous concluons que la clause à ordre n'est pas spéciale aux actes commerciaux, et qu'elle peut être introduite dans une obligation civile constatée par par sous-seing ou par acte notarié.

Cette solution ne présente aucun inconvénient pratique, lorsque la créance est constatée, et la clause à ordre insérée dans un sous-seing (effet de commerce ou billet civil), ou dans un acte authentique en brevet. Car c'est alors sur le titre même que se constatent les transmissions, à peine de nullité de la cession.

Le débiteur qui veut payer doit se faire représenter et même remettre le titre (p. 241, 3°).

Le tiers qui voudra acquérir la créance ou la recevoir en gage se la fera produire, ainsi que la prudence le lui commande.

Ce faisant, il constatera le nom du titulaire actuel, qui est à son égard, le dernier endossataire; il ne pourra donc être victime d'une surprise: l'unité de titre est sa sauvegarde.

Mais le danger se révélerait si la dette était constatée par un acte authentique en minute. En effet, il existe alors deux titres: la minute, qui reste chez l'officier ministériel, et la grosse qui est remise au créancier; or, l'endossement se fait sur la grosse, qui circule ainsi. Si donc le débiteur paie sur la minute, qui ne porte aucune trace des cessions successives, il est exposé à se voir représenter une grosse dûment endossée, et au titulaire de laquelle il ne peut refuser le paiement; il se trouve ainsi exposé à verser deux fois la somme, si par un oubli

très excusable il ne pense pas à se faire représenter la grosse avant de payer la première fois. Le débiteur a bien alors la *condictio indebiti* contre le preneur, mais ce recours peut être insuffisant, par suite de l'insolvabilité de ce dernier.

C'est en présence de ce danger que la jurisprudence a si longtemps hésité à entrer dans la voie où elle s'est engagée définivement à la suite de la doctrine : toujours il y a dans sa résistance aux innovations, une raison pratique. Ici, la raison était, et la jurisprudence a fini par le reconnaître elle-même, insuffisante pour faire rejeter un solution conforme à tous les principes, et rendue nécessaire par le développement des transactions.

73. — La Cour d'Alger (1) a tiré de cette décision une application intéressante : elle a décidé qu'une obligation garantie par hypothèque peut être stipulée cessible par endossement.

Cette solution est forcée au point de vue des principes : la créance étant cédée et pouvant être cédée par endossement ou par tradition, l'hypothèque, droit accessoire, doit la suivre et emprunter son mode de transmission : art. 1692.

Elle n'a pourtant pas été admise sans difficulté. On lui a reproché de faire renaître le régime, dont

(1) 7 mai 1870. D. 1871, 2, 1. — Dans le même sens, Cass. 15 mars 1825, D. 1825, 1, 201. — Rouen, 25 mars 1830, D. 1831, 1, 303. — Troplong, *Vente*, II, n° 906. — Lyon, 4 juin 1830, D. 1833, 1, 353. — *Contrà*, Cass. 10 août 1831, D. 1833, 1, 353, cassant l'arrêt de la Cour de de Lyon, sur plaidoierie de M. Dalloz.

l'expérience a révélé tous les dangers, de la loi de messidor an III, et de la mobilisation exagérée du crédit. On a fort bien répondu à cette objection en faisant remarquer que les inconvénients signalés provenaient uniquement de la trop grande facilité accordée pour la *constitution* de l'hypothèque, permettant au propriétaire terrien d'user de son crédit en prodigue qui n'aperçoit pas la portée de ses actes. Mais, une fois l'hypothèque établie à la sûreté d'une créance, qu'importe son facile déplacement ? Parce que son titulaire aura changé, en grèvera-t-elle plus lourdement le sol ? Est-ce, au contraire, l'intérêt du créancier que l'on a en vue, et veut-on empêcher qu'il dispose trop facilement de l'hypothèque ? Mais ceci se comprend moins encore : s'il a la capacité de disposer de la créance, il doit avoir celle d'aliéner également avec elle l'hypothèque, qui n'a d'utilité que pour le propriétaire de la créance.

Si l'on décidait que l'hypothèque ne peut suivre la créance dans sa transmission par endossement ou tradition, ce droit réel périrait faute de soutien.

De quel droit viendrait-on défendre au créancier primitif, titulaire de l'hypothèque, d'en disposer comme de ses autres biens et l'en exproprier ?

74. — Le procès de la clause à ordre gagné, celui de la clause au porteur doit l'être également ; il n'existe, en effet, aucune différence de nature entre ces deux conventions : comme la clause à ordre, la clause au porteur est un engagement direct envers une personne dont la détermination est remise au

créancier ; seulement, l'endossement sera ici remplacé par la tradition du titre. L'effet de cette clause est donc d'incorporer la créance à l'écrit qui la constate ; la créance se concrétise, s'assimile aux meubles corporels, et tombe, comme eux, sous l'application de l'art. 2279 (1).

On doit remarquer que la clause au porteur ne présente pas l'inconvénient grave que nous avons signalé pour la clause à ordre, à raison de l'existence possible d'un double titre. En effet, le paiement, ici, ne peut être fait sur la minute, puisque la production de la grosse seule peut en faire connaître le porteur, à qui l'on doit payer.

SECTION II

DES PUBLICITÉS SPÉCIALES A CERTAINES CESSIONS DE CRÉANCES

75. — Cette section comprendra l'examen de divers modes de publicité organisés par des lois spéciales en vue de situations également spéciales. Sur chacune d'elles, nous aurons à montrer les motifs qui ont nécessité une dérogation au droit commun, et l'efficacité des mesures qu'elle comporte.

76. — Une remarque essentielle doit être faite préalablement à cette étude : c'est que jamais ces

(1) Voir toutefois les dérogations apportées à ce principe par la loi du 24 février 1872, sur la perte des effets au porteur.

publicités ne se cumulent avec la publicité normale ; elles se suffisent à elles-mêmes.

77. — Destinées à remplacer la notification prévue par l'art. 1690, elles ne pourraient même être suppléées par la signification ou l'acceptation. En effet, elles sont élevées à la fonction de publicité normale pour chacune des espèces de cessions auxquelles elles s'appliquent. Or, la publicité doit être une dans son organisation relativement à chaque ordre de mutations : c'est un principe incontestable dont l'oubli serait extrêmement dangereux pour les tiers.

78. — Six classes de créances attireront successivement notre attention, comme soumises à des formalités spéciales pour la perfection de leur cession à l'égard des tiers : ce sont :

1° Les rentes sur l'Etat ;

2° Les actions de la Banque de France ;

3° Les brevets d'invention ;

4° Les créances sur des Sociétés, constatées par des titres nominatifs ;

5° Les créances constatées par des titres au porteur ;

6° Les créances transmissibles à l'ordre du créancier.

De ces six classes, les trois premières reçoivent une règlementation spéciale à raison de la personne du débiteur ou de la nature de la créance ;

Les trois dernières la doivent à la forme du titre qui les contient.

§ 1

PUBLICITÉ SPÉCIALE AUX CESSIONS DE RENTES SUR L'ÉTAT

79. — Aux termes de la Loi du 28 floréal an VIII, modifiée par l'arrêté du 27 prairial an X, art. 15, et le décret du 13 thermidor an XIII, la propriété des rentes sur l'Etat se déplace à l'égard des tiers par des écritures faites sur le Grand-Livre de la Dette publique ; l'inscription prise au nom du cédant est annulée et remplacée par une inscription nouvelle au nom du cessionnaire ; ce *transfert* s'opère par l'intermédiaire et sous la responsabilité de l'agent de change qui a négocié l'affaire.

80. — L'exigence d'une formalité spéciale en pareille matière n'est pas nouvelle : sous l'ancien régime, on exigeait déjà, dans le même but, l'immatriculation sur les registres des payeurs de l'Hôtel-de-Ville.

Elle s'expliquait alors par une pensée de simplification dans la comptabilité. Ce motif n'a pas disparu, mais il s'en est manifesté un autre qui a pris la première place dans la législation nouvelle : l'intérêt du crédit : c'est ce qu'expose le *proœmium* de la loi du 28 floréal an VII :

« Considérant qu'il importe au crédit de l'Etat de faciliter les transferts des inscriptions au Grand-Livre de la Dette publique en les dégageant des formalités qui tendent à déprécier cette propriété, et qu'il est instant d'adopter ce qui est commandé par l'intérêt général... »

Le transfert fait donc partie de l'ensemble de mesures, telles que l'insaisissabilité et la possibilité d'utiliser ces valeurs en remploi d'un bien dotal, destinées à assurer aux fonds d'Etat français une plus grande faveur sur le marché.

81. — Malgré cette simplification des formes normales, le transfert reste un instrument de publicité suffisant, puisque le titre, sans présentation duquel les tiers ne doivent pas traiter à propos de la créance, est toujours unique et conforme au contenu du Grand-Livre de la Dette inscrite, modifié d'après le registre des transferts.

82. — Le motif même de cette institution doit nous faire conclure — et l'examen des textes cités le prouve à l'évidence, que la formalité du transfert n'est applicable qu'aux *Rentes sur l'Etat*; les créances en capital sur le Trésor restent donc soumises à la nécessité d'une signification, l'acceptation ne pouvant intervenir ici.

Cette signification doit être adressée au Trésor, débiteur, en la personne, non pas de l'ordonnateur, qui n'a pas le maniement des fonds, mais du dépositaire des deniers publics qui doit faire le paiement.

C'est la généralisation de cette décision qui a inspiré l'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 5 janvier 1875, que nous avons critiqué au n° 52 ; en effet, la situation est toute différente ici de ce qu'elle est pour une créance sur un particulier. Ici, le débiteur est une personne morale : il fallait bien que la signification touchât un représentant, et il n'en était

pas de plus indiqué que le comptable chargé de payer. Tandis que le particulier est toujours là pour recevoir la notification, même après qu'il a remis à un mandataire les fonds destinés au paiement.

83. — Remarquons enfin que cette publicité est exigée, au contraire, du droit commun, même pour les mutations par succession *ab intestat* ou testamentaire : le transfert prend alors le nom de *tranfert de forme*, par opposition au *transfert réel*, employé en cas de cession entre-vifs.

Cette dérogation s'explique par le but de simplification de la comptabilité, qui s'est maintenu accessoirement à côté du motif grandissant tiré du crédit de l'Etat.

§ 2

PUBLICITÉ SPÉCIALE AUX ACTIONS DE LA BANQUE DE FRANCE

84. — C'est là un des privilèges attachés au monopole de cette banque.

Le décret du 16 janvier 1808, art. 4 et 7, complété par le statut du 2 septembre 1830, art. 2, organise cette publicité d'une manière identique à celle des transferts de rentes sur l'Etat.

Nous renvoyons donc purement et simplement aux explications données au paragraphe précédent.

§ 3

PUBLICITÉ SPÉCIALE AUX CESSIONS DE BREVETS D'INVENTION

85. — Il était indispensable, dans l'intérêt du commerce et de l'industrie, que les brevets pussent être cédés.

Il était non moins nécessaire que la mutation en fût portée à la connaissance du public : notamment, il fallait éviter diverses ventes successives du même brevet ; il fallait aussi que les procès relatifs au monopole pussent être intentés sûrement au titulaire actuel.

D'autre part, la publicité normale était impossible, faute d'un débiteur déterminé.

Aussi la loi du 5 juillet 1844, après les lois des 7 janvier 1791 (art. 14), et 25 mai, même année (art. 15, titre II), a organisé dans ce but une publicité spéciale.

86. — Art. 20, 3° : « Aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers, qu'après avoir été enregistrée au secrétariat du département dans lequel l'acte aura été passé.....

5° Il sera tenu au ministère de l'agriculture et du commerce, un registre sur lequel seront inscrites les mutations intervenues sur chaque brevet, et, tous les trois mois, une ordonnance royale proclamera..... les mutations enregistrées pendant le trimestre écoulé. »

Cette publicité, on le voit, est pleinement efficace.

87. — Elle ne s'applique, bien entendu, qu'au cas

de cession de la propriété même du brevet, mais non à l'aliénation à un tiers du simple droit d'exploitation totale ou partielle, sans transfert du titre lui-même.

Ce dernier acte, qui laisse intacts les rapports du public et de l'inventeur, et ne confère qu'un simple droit personnel, n'est sujet à aucune formalité de publicité.

88. — Enfin cette publicité est exigée même pour les transmissions par voie de succession: c'est une dérogation importante au droit commun, que nous avons déjà rencontrée en matière de rentes sur l'Etat et d'actions de la Banque de France, et qui se justifie par les mêmes motifs.

§ 4

PUBLICITÉ SPÉCIALE AUX CESSIONS DE TITRES NOMINATIFS

89. — Tous les titres constatant des créances quelconques, sauf les titres au porteur, sont nominatifs, même ceux qui contiennent la clause à ordre. Ce n'est donc point à ce sens large des termes « titres nominatifs » que nous nous référons ici.

La loi commerciale, comme l'usage, du reste, donne à ces mots un sens beaucoup plus restreint: ce qu'elle entend par là, ce sont les titres délivrés par les Compagnies ou Sociétés à forme commerciale, en échange d'un apport de fonds pour la constitution ou l'augmentation de leur capital — par opposition aux titres au porteur et aux titres à ordre, ainsi qu'à ceux contre des particuliers ou des Sociétés à forme civile.

C'est par une faveur spéciale pour les entreprises commerciales, faveur analogue à celle qui protège les rentes sur l'Etat et les actions de la Banque de France, que cette publicité, analogue aussi à la leur, a été organisée.

90. — Elle consiste en un transfert sur les registres de la Société.

Comme il est nécessaire que la faculté de cette transmission rapide soit réservée par les statuts de la Société, et que ces statuts eux-mêmes reçoivent la publicité, les tiers sont prévenus et ne sauraient se plaindre.

On comprend maintenant que cette mesure soit spéciale aux titres sur des Sociétés commerciales ou a forme commerciale : en effet, la formalité qu'elle comporte, le transfert, est impossible entre simples particuliers, même entre commerçants.

Elle n'est même pas commune à toutes les Sociétés ni à toutes les créances sur les Sociétés où elle est admissible ; il faut :

1° Que la Société soit une Société de capitaux, c'est-à-dire une Société en commandite par actions ou une Société anonyme : sont donc exclues de ce bénéfice les Sociétés civiles à forme civile : Sociétés en nom collectif ou en commandite ordinaire ; de plus, par un motif spécial, les Sociétés en participation, dont l'existence est inopposable aux tiers.

2° Que le droit à transmettre soit né de la participation du créancier dans la formation du capital-actions ou du capital-obligations.

Ne seraient donc pas transmissibles dans cette forme les créances des fournisseurs de matières premières, ou des ouvriers ou employés contre une Compagnie industrielle, ni les parts d'intérêts des commanditaires dans une commandite par actions.

3° Il faut, si la créance consiste en actions, qu'elle soit déjà négociable :

On sait, en effet, que pour éviter l'agiotage et les fraudes révélées par la pratique, les lois des 17-23 juillet 1856 et 24 juillet 1867 ont pris un ensemble de précautions dont l'une des principales est la suivante : les actions ne peuvent être négociées, c'est-à-dire cédées par un des modes privilégiés, transfert, tradition, endossement, qu'après le versement réel d'une quote-part du capital-actions (1), et, sauf controverse, qu'après la constitution définitive de la Société.

Si l'une quelconque de ces trois conditions vient à faire défaut, une créance ne peut être cédée par transfert : mais elle reste gouvernée par les principes du droit commun, c'est-à-dire qu'elle est transmissible à titre héréditaire, et cessible entre vifs, à l'égard des tiers, moyennant la notification prescrite

(1) La loi de 1856 avait fixé cette quote-part à 2/5 ; la loi de 1867 l'a réduite à 1/4.

On peut remarquer que les valeurs à ordre ou au porteur dépendant des Sociétés de cette nature sont, avant l'époque où elles deviennent négociables, d'une transmission plus difficile que les créances, contre des particuliers ou des Sociétés à forme civile, contenant ces mêmes clauses. Cette différence s'explique suffisamment par le but de cette prohibition.

par l'art. 1690. La publicité légale donnée à la constitution de la Société étant une mesure absolument indépendante de celle qui doit entourer la cession de ses titres, ne pourrait aucunement la suppléer (2).

§ 5

PUBLICITÉ SPÉCIALE AUX CESSIONS DE TITRES AU PORTEUR (3)

91. — La forme au porteur est bien plus générale que la précédente : nous avons vu (n° 74) qu'elle peut être stipulée même par des particuliers, même dans une obligation civile.

Cela se comprend : la formalité qui accomplit la transmission est accessible à tous par sa forme.

La publicité, ici, résulte de la possession du titre : celui-là qui détient le titre est propriétaire à l'égard des tiers. Comme, du reste, cette clause est nécessairement portée sur la créance elle-même, les tiers sont forcément prévenus de cette particularité.

La transmission, ici, se fait par la tradition, qui déplace la possession. Le titre au porteur circule donc de la main à la main, comme de la monnaie, ce qui lui donne une grande commodité et rend cette forme précieuse pour les négociations rapides.

Le type du titre au porteur est le billet de banque.

92. — REMARQUE. — Nous avons à signaler ici une double restriction à la possibilité de négocier un titre en cette forme. Ces restrictions sont, du reste, spé-

(2) Paris, 8 décembre 1884. D. 1885, 2, 15, et une note sous Req. 28 avril 1869, D. 1869, 1,445.

(3) V. Code de Commerce, art. 35.

ciales aux titres sur des sociétés de capitaux, et encore ne sont-elles applicables qu'aux actions.

Nous avons déjà signalé la première, à propos du transfert des titres nominatifs : il faut que le quart du capital-actions soit versé et que la société fonctionne.

La seconde, spéciale aux titres au porteur et conçue dans le même esprit de protection du public contre l'agiotage, est la suivante : les titres-actions doivent rester nominatifs jusqu'à leur entière libération, et ne peuvent être convertis en titres au porteur qu'à partir de ce moment et sous certaines conditions supplémentaires (L. du 24 juillet 1867, art. 3).

Les sociétés à forme commerciale, privilégiées par la possibilité d'émettre des titres négociables par transfert, sont donc, en ce qui concerne les titres au porteur, soumises à une législation spéciale et plus rigoureuse que les particuliers ou les sociétés à forme civile.

§ 6

PUBLICITÉ SPÉCIALE AUX CESSIONS DE TITRES A ORDRE (1)

93. — La clause à ordre était, avec le transfert des rentes sur l'Etat, le seul mode spécial de transmission des créances connu dans l'Ancien Droit.

Nous l'avons vu naître (n° 10), des besoins de la pratique, qui avaient fait admettre cette dérogation au principe de la nécessité d'une notification, vers la fin

(1) V. Code de Commerce, art. 136, seq.

du XVI[e] siècle, au moment où, par suite des découvertes maritimes, le commerce avait pris un nouvel essor.

La clause à ordre y répondait à un double but, qu'elle a conservé en passant dans la législation écrite (ordonnance de 1673, art. 23 et 24): elle facilite :

1° Le paiement d'un effet aux mains d'un mandataire du créancier: c'est l'*endossement de procuration*, dont nous n'avons pas à nous occuper.

2° La négociation du titre : c'est alors *l'endossement translatif.*

C'est, en effet, par l'endossement, c'est-à-dire par une mention portée au dos du titre, et désignant la personne à qui devra se faire le paiement, que se transmet à l'égard des tiers le titre muni de la clause à ordre.

Les tiers sont, du reste, parfaitement protégés : en effet, c'est sur le titre lui-même que doivent être portés, tant la clause à ordre elle-même que les endossements successifs. Les tiers sont donc prévenus, à la fois, et de la convention qui leur rend l'endossement opposable, et des transmissions qui ont été effectuées en conformité de cette disposition, les seules qui aient effet à leur égard.

94. — La clause à ordre est, nous l'avons prouvé (n° 72), d'un usage absolument général : elle peut être insérée même dans une obligation civile, encore qu'elle soit constatée par acte notarié, et qu'elle contienne une constitution d'hypothèque

Elle a été, du reste, jusqu'ici, peu usitée dans la pratique civile, qui n'exige pas, ordinairement, la possibilité de transmissions rapides.

Mais il est certaines classes d'obligations, commerciales pour la plupart, où la loi l'impose, d'autres où l'usage en est particulièrement fréquent.

Le premier groupe comprend :

1° La Lettre de Change (art. 110 à 136, Code de Commerce).

2° Le Billet à Ordre (art. 187, Code de Commerce).

Dans le second nous pouvons ranger :

1° Le Connaissement (art. 110 et 136 C. Co.) ;

2° Le Billet de grosse (art. 313) ;

3° Le Chèque (Loi du 14 juin 1865, art. 1^er^) ;

4° Les récépissés et warrants de magasins généraux (Loi du 28 mai 1858, art. 3) ;

5° Les lettres de voiture ;

6° Les factures acceptées.

95. — Si l'endossement est irrégulier (art. 138, Code de Commerce), il ne vaut que comme procuration : les formalités de l'art. 1690 redeviennent indispensables pour opérer translation à l'égard des tiers.

Enfin la transmission par notification est, ici encore, la seule possible pour les actions de sociétés à forme commerciale, avant leur négociabilité, d'après des règles déjà exposées (n° 92).

SECTION III

DU CAS OU IL Y A CUMUL DE PUBLICITÉS

96. — Une double formalité est exigée au cas de cession de plus de trois années de loyers ou fermages non échus.

Ces cessions ont toujours été vues avec défiance par le législateur, comme pouvant déguiser des fraudes à l'égard des acquéreurs ou des créanciers hypothécaires. L'ancien droit, qui ne connaissait pas le principe de la publicité, véritable et seul moyen d'y remédier, avait été réduit à les prohiber d'une manière absolue.

Sous l'empire du Code, ces cessions étaient régies par le droit commun : elles étaient donc opposables aux tiers (1) moyennant la notification au débiteur, qui était ici le locataire ou fermier.

Si la notification était faite, puis suivie de l'aliénation de l'immeuble, la cession des loyers était opposable à l'acquéreur. Or, celui-ci l'ignorait presque fatalement : il avait bien songé à consulter l'état hypothé-

(1) Voici comment le conflit pouvait s'élever : on sait que les baux munis d'une date certaine sont opposables à tous acquéreurs ou concessionnaires de droits réels sur l'immeuble, sauf clause contraire insérée dans le bail (art. 1743). Le bail subsiste donc, nonobstant l'aliénation, et continue entre le locataire et l'acquéreur ; notamment, l'acquéreur touchera du locataire les loyers correspondant aux termes non échus lors de la vente, à mesure de la jouissance. Mais, si le vendeur a par avance disposé de ces loyers, l'acquéreur, son ayant-cause sous ce rapport, doit respecter les actes de son auteur.

caire de l'immeuble qu'il pensait acheter, et son origine de propriété : il s'était ainsi assuré des charges réelles qui pouvaient bien le grever, et se croyait à l'abri de toute surprise : la révélation d'une cession de loyers non échus, qui lui enlevait pour quelques années la jouissance des revenus de l'immeuble, et diminuait ainsi dans une large mesure la valeur de ce dernier, venait soudain le détromper.

Autre danger : On sait que la transcription de la saisie faite par un créancier hypothécaire immobilise, à partir de sa date, en faveur de ce créancier, les fruits, tant naturels et industriels que civils : parmi ces derniers, les loyers non échus ; ces revenus grossissent donc le gage de ce créancier, qui exerce sur le tout son droit hypothécaire, d'après son rang d'inscription (Code de Procédure, art. 682 et 685). Le créancier hypothécaire comptait, par suite, pouvoir réaliser, par la vente sur saisie, la valeur de l'immeuble entier, y compris sa libre jouissance. Or, sous le Code, il était exposé à voir se révéler, lors de l'adjudication, une cession de loyers non échus qui lui était inconnue, et qui venait réduire, souvent dans des proportions considérables, le gage sur lequel il était en droit de compter : le crédit du débiteur était, en partie, tout apparent (1).

L'acquéreur, le créancier hypothécaire, excusables

(1) Le même inconvénient résultait de la clandestinité des constitutions d'usufruit : la loi de 1855 a fait disparaître ce danger, en même temps que celui qui résultait de la clandestinité relative des cessions de loyers non échus, en exigeant la transcription de ces deux classes d actes.

de n'avoir pas prévu l'existence possible d'un droit *personnel*, à eux opposable, existant sur l'immeuble, fait assez rare et auquel on ne pense guère, méritaient une protection.

La loi du 23 mars 1855 (art. 2, 5°), est venue la leur donner :

Les cessions de loyers non échus menaçaient le crédit immobilier par la diminution occulte de valeur qui en résultait pour les héritages, et produisaient ainsi l'équivalent de la concession d'un droit réel : c'est à la publicité des droits réels que, très logiquement, le législateur a recours pour mettre les tiers à l'abri de ces surprises : aucun remède ne pouvait répondre d'une manière plus adéquate à ce danger.

97. — Cette espèce de cession est donc soumise à deux publicités, cumulativement, comme sa présence menace deux classes de personnes :

Elle reste régie, en tant que cession, par la publicité de l'art. 1690, destiné à protéger les personnes qui pourraient acquérir des droits *sur la créance :* c'est-à-dire le cessionnaire, le débiteur (qui est ici le locataire ou fermier), les créanciers du propriétaire, qui pratiquent une saisie-arrêt sur les loyers à mesure des échéances.

Elle est, de plus, soumise, par l'art. 2, 5° de la loi de 1855, à la transcription, si elle porte sur une valeur de plus de trois années de revenus : ceci, à raison de la nature de la créance cédée, et pour défendre contre les surprises causées par la révélation de la cession, les personnes pouvant acquérir des droits *sur l'im-*

meuble lui-même : c'est-à-dire un acquéreur ou un créancier hypothécaire. Ces personnes sont ainsi prévenues de l'existence du transport qui diminue la valeur de l'immeuble, par la consultation même des registres fonciers ; or, elles ne manquent pas de se faire délivrer un état des inscriptions et transcriptions, ce que commandent les règles élémentaires de la prudence, pour se rendre compte, avant de traiter, de l'état du bien au point de vue des droits réels.

98. — Le cumul de ces deux publicités, qui surprend au premier abord, s'explique donc par la réunion des motifs qui les ont inspirées, des dangers auxquelles elles doivent pourvoir : nous trouvons donc deux classes de personnes pouvant respectivement invoquer le défaut de chacune d'elles.

Que ces formalités réunies soient pleinement efficaces, nous n'avons plus à le démontrer : cela ressort de nos précédentes explications.

Il nous reste à voir comment fonctionne le mécanisme de cette publicité double, et en quoi la loi de 1855 a modifié l'état de choses existant antérieurement.

Pour ce qui touche un acquéreur de l'immeuble, la cession ne lui est opposable que si la transcription en a été antérieure à la transcription de l'aliénation : de ce côté, pas de difficulté.

En ce qui concerne un créancier hypothécaire, la question devient plus délicate. Pour l'étudier complètement, il faut se placer successivement en face de trois hypothèses : nous commençons par la plus simple :

99. — 1re HYPOTHÈSE. — La signification et la transcription de la cession sont toutes deux antérieures à l'inscription de l'hypothèque.

Dans ce cas, aucune difficulté ; le transport est opposable au créancier hypothécaire, quelle que soit sa durée, sans que ni l'inscription de l'hypothèque, ni la transcription de la saisie, tardives à l'égard du cessionnaire, puissent en quoi que ce soit diminuer les droits de ce dernier. Il en était de même avant la loi de 1855, si la signification avait été faite avant l'inscription de l'hypothèque.

100. — 2e HYPOTHÈSE. — La signification par le cessionnaire est antérieure à l'inscription de l'hypothèque, mais la transcription de la cession est postérieure à ce même évènement.

On sait que, sous l'empire du Code, la cession était alors valable pour toute sa durée, quelle qu'elle fût, la signification ayant suffi pour la rendre opposable à tous.

C'est ici que se manifeste la principale innovation de la loi de 1855 : considérant que, au delà d'une certaine mesure, les cessions de loyers non échus produisent des effets aussi graves que des droits réels, elle a exigé la transcription, à l'égard notamment des créanciers hypothécaires, pour les cessions portant sur plus de trois années de revenus. Pour les cessions inférieures, par conséquent, elle a laissé en vigueur l'état de choses antérieures.

Nous devons donc distinguer :

Si la cession porte sur moins de trois années à

partir de la transcription de la saisie faite par le créancier hypothécaire (1), elle sera opposable à ce créancier dans son entier : en effet, pour une telle cession, la signification reste seule exigée, comme par le passé : or, elle est intervenue en temps utile, puisqu'elle est, par hypothèse, antérieure à l'inscription de l'hypothèque, inscription qui, seule, donne l'existence à cette hypothèque à l'égard des tiers.

Si la cession porte sur plus de trois années à partir du même moment, elle est inopposable au créancier hypothécaire : c'est l'innovation de la loi de 1855.

Mais dans quelle mesure? Est-elle nulle pour le tout vis-à-vis de lui, ou seulement réductible à trois années ? C'est à ce dernier parti que nous nous rangeons, avec la majorité de la doctrine et la jurisprudence.

On a prétendu, il est vrai, que de telles cessions sont alors suspectes, et que c'est sur ce fondement que la loi les annule. — Nous ne voyons pas en quoi la durée de ces cessions peut les rendre suspectes, du moment où on les réduit au terme de trois années, et alors surtout que, transcrites, elles seraient opposables aux créanciers hypothécaires pour toute leur durée nominale. Dans une hypothèse tout à fait analogue et que la loi de 1855 elle même place sur le même rang (art. 2, 4° et 5° cbn.), cette loi (art. 3, 2°) admet comme sanction la simple réduction, et non

(1) Ce point de départ a été vivement contesté. Voir n° 101.

l'inopposabilité totale. Enfin cette solution est conforme à l'esprit même et aux motifs de la loi de 1855; elle a considéré que la diminution de plus de trois années de jouissance atteint seule la valeur de l'immeuble saisi assez gravement pour rendre nécessaire ses nouvelles dispositions : or, la réduction fait disparaître le motif qui a ainsi nécessité l'intervention de la loi.

101. — 3e hypothèse. — La signification, ainsi que la transcription de la cession, sont postérieures à l'inscription de l'hypothèque.

Dans ce cas, la signification est tardive à l'égard de ce créancier : elle ne peut nuire en aucune façon au droit par lui acquis, de faire valoir son hypothèque, nonobstant la cession, dans toutes ses conséquences, y compris sa réalisation. — Cette réalisation s'effectue par la saisie suivie de transcription ; or, accessoirement, cette transcription, nous l'avons vu, immobilise les loyers et fermages non échus au moment où elle a été effectuée.

Mais la cession, notifiée antérieurement à la transcription de la saisie, produira effet pour les fermages échus avant le moment où elle intervient.

Ce point est très sérieusement contesté, et nous devons le démontrer. La question s'élève, ici sous sa forme directe, et, dans la seconde hypothèse, indirectement, quand il s'agit de fixer le point de départ des trois années de revenus au-dessus desquels la cession doit être transcrite.

L'objection est la suivante : l'hypothèque s'étend

aux accessoires comme au principal, aux loyers comme à l'immeuble, (art. 2133); la cession, en admettant notre point de départ, diminuerait donc le gage du créancier hypothécaire (1). — C'est oublier que la transcription de la saisie, seule, produit l'effet d'étendre aux revenus le droit de gage du créancier hypothécaire : le droit de jouissance et et d'administration du propriétaire est, jusqu'à ce moment, resté absolument intact, et le créancier n'a pas droit aux fruits perçus ou aux revenus échus auparavant : l'usage qu'en a fait le propriétaire, encore dans la plénitude de son droit, a été définitif.

Quelle que soit la solution que l'on adopte sur cette question, dans la troisième hypothèse, comme dans la première, aucune modification n'a été apportée par la loi de 1855 à la situation créée par les Codes civil et de procédure : la question que nous venons de discuter s'élevait, en effet, avant la loi de 1855, identique, bien que sous une formule un peu différente : la signification produisait alors, on se le rappelle, à l'égard des créanciers hypothécaires, le même effet pour lequel la transcription est maintenant exigée ; et l'on se demandait si la notification intervenue entre l'inscription de l'hypothèque et la transcription de la saisie ne produisait pas effet pour les loyers échus avant ce dernier événement : la jurisprudence et la doctrine étaient également divi-

(1) V. Aubry et Rau, IV, § 286, note 21, et les auteurs qu'ils citent dans les deux sens.

sées sur cette question ; la solution affirmative se fût imposée à nous.

102. — Les deux publicités étant absolument distinctes, la transcription est inutile à l'égard des tiers qui n'invoquent de droit que sur la créance cédée ; la notification suffirait à leur égard.

La réciproque serait inexacte ; et la signification est nécessaire contre les tiers acquérant des droits réels sur l'immeuble, car ces droits s'étendent à la jouissance à venir, donc aux revenus non échus : il y a donc conflit de droits rivaux sur la *créance* des loyers futurs.

103. — La nécessité de la transcription ne se borne pas aux cessions de plus de trois années de fermages non échus : elle s'étend aux quittances que le propriétaire consentirait dans cette mesure au locataire ou fermier. Le danger était le même : l'art. 2, 5° de la loi de 1855 assimile les deux cas.

La créance du propriétaire pour loyers futurs est, remarquons-le en passant, le seul droit personnel, à notre connaissance, dont l'extinction doive être publiée, par dérogation au principe exposé au n° 17.

104. — Remarque. — Nous devons ici signaler une lacune regrettable de la loi de 1855.

Les baux ayant acquis date certaine sont opposables aux acquéreurs et autres titulaires de droits réels, à moins que le contraire ne soit réservé par l'acte de concession (1) (art. 1743).

(1) V. page 267, note 1.

Les baux de longue durée n'immobilisent donc pas seulement le droit de jouissance, ils entravent aussi dans une large mesure le droit de disposition.

Aussi le législateur a-t-il considéré que la clandestinité de ces baux présentait les mêmes dangers que celle des droits réels ; et il a assujetti à la transcription les baux dépassant un terme que l'art. 2, 4°, fixe à dix-huit années.

C'est le seul acte constitutif de droits personnels qui soit soumis à publicité, par exception au principe exposé au n° 17 (1).

Mais la transcription du droit aux baux de pareille durée n'est pas prévue par la loi de 1855, et ne peut donc se suppléer, malgré les dangers qui peuvent résulter de la clandestinité d'un acte de cette nature pour les tiers titulaires de droits réels sur l'immeuble.

Ainsi, le propriétaire peut rapporter au tiers qui se présente pour acquérir l'immeuble, ou qui consent à lui prêter moyennant une hypothèque sur cet immeuble, un acte duquel il résulte que le locataire ou fermier renonce à ses droits : le tiers est-il certain de ne pas voir se présenter, après qu'il aura acquis ou prêté, un cessionnaire du droit de bail antérieur à la renonciation du fermier primitif ? Et n'est-ce pas là une menace de surprises pour les tiers, et, partant, une diminution de crédit pour le propriétaire qui ne peut prouver le fait négatif du

(1) Nous ne parlons pas de l'antichrèse, dont la nature, fort indécise, paraît tenir à la fois du droit personnel et du droit réel.

défaut de cession, par son locataire, du droit à un bail de plus de 18 années auquel ce dernier renonce?

D'autre part, si le bail de plus de 18 ans est comparable à un droit réel au point de vue de la manière dont il grève la propriété, les avantages qu'il procure au locataire ou fermier doivent être également assimilables à ceux qui résultent d'un droit réel, notamment au point de vue du crédit qu'ils confèrent : Or la lacune que nous signalons dans la loi de 1855 permet au locataire ou fermier de se donner un crédit apparent, au moyen du droit à un bail de longue durée, alors qu'en réalité il en a cédé le bénéfice à un tiers, par acte resté occulte.

Voilà certes de graves inconvénients, et il est étonnant que le législateur, dans cette loi de 1855, si remarquable d'ailleurs, n'ait pas songé à les prévenir.

Puisque la constitution d'un pareil droit était soumise à la transcription, il devait en être de même de la cession : les mêmes dangers existant dans les deux cas.

CHAPITRE III

SANCTION DE LA PUBLICITÉ DES CESSIONS DE CRÉANCES

105. — Nous avons étudié jusqu'ici l'organisation de cette publicité : il nous reste à en déterminer la sanction.

La question revient à nous demander : Quelles sont les personnes qui peuvent invoquer l'inaccomplissement des formalités prescrites ? Sous quelles conditions le pourront-elles ? Et quels seront, à l'égard de chacune d'elles, les effets de ce défaut de publicité ?

Voici l'ordre que nous nous proposons de suivre, dans un intérêt de clarté :

Nous commencerons par donner une idée générale des « tiers » qui peuvent, aux termes de l'art. 1690, opposer la clandestinité d'une cession de créance.

Le principe dégagé, nous examinerons la situation de chacune des classes de personnes auxquelles nous reconnaîtrons ce droit, vis-à-vis du cessionnaire, avant et après la notification : la sanction de l'art. 1690 ressortira très nettement de la comparaison de ces deux états successifs de leurs relations.

SECTION I

QUI PEUT OPPOSER LE DÉFAUT DE PUBLICITÉ

106. — Ce sont tous ceux vis-à-vis de qui la créance n'est transférée que par ce moyen ; or (art. 1690), c'est à l'égard des TIERS que la notification est nécessaire pour opérer saisie.

Nous avons donc à rechercher qui l'on doit entendre ici par le mot « tiers ».

107. — Cette appellation exclut tout d'abord les *parties à l'acte :* les deux termes « tiers » et « partie » sont contradictoires.

Les parties sont les personnes qui ont pris *part* à la convention comme contractants, ou qui y ont été représentées. Ce sont :

Le cédant et le cessionnaire ;

Puis ceux qu'ils représentaient, ceux qui n'ont pas d'autre droit que le leur, et qui, par conséquent, ne sauraient faire ce qui est refusé au contractant lui-même, leur auteur : ce sont les héritiers, même bénéficiaires, et les créanciers chirographaires, en tant que les uns et les autres viennent comme ayants-cause à titre universel du cédant ou du cessionnaire (1).

Ces parties ne peuvent, disons-nous, opposer le défaut de signification, car, entre elles (n° 14), la

(1) L'héritier bénéficiaire qui pourrait opposer *de son chef* l'inobservation de l'art. 1690, n'est pas privé de cette faculté par ce fait qu'il devient l'héritier du cédant, ou du cessionnaire, ou de l'un de leurs ayants-cause à titre universel : le bénéfice d'inventaire s'opposant à la confusion des qualités.

propriété de la créance a été transférée par le seul consentement.

C'est ainsi que, dans le système où l'on exige la notification des cessions de droits successifs, le cessionnaire de droits de cette nature qui n'a pas signifié ne peut opposer cette circonstance pour se soustraire au retrait successoral (1).

C'est ainsi encore que le cédant qui a consenti deux transports successifs à deux personnes différentes ne peut, sur le recours en garantie de celui des deux qui a été évincé, prétendre, en s'appuyant sur le défaut de publicité, que la cession n'existe pas à son égard.

De même encore, le cédant ne pourrait opposer au transportuaire la compensation ou la confusion résultant de ce qu'il est devenu débiteur ou héritier de son propre débiteur avant la signification.

D'une manière plus générale, le cédant ne peut plus, du moment où l'accord est intervenu, disposer en quoi que soit et d'aucune manière de la créance à l'égard du cessionnaire : non que les droits par lui conférés ne soit valables contre le cessionnaire qui n'a pas signifié — nous verrons que le contraire se produit en général, — mais alors il se rendrait responsable envers le cessionnaire (2).

Les parties et leurs ayants-cause à titre universel sont donc exclues de la qualité de tiers, et ne peuvent arguer de la non-publicité de la cession.

(1) Civ. Cass. 7 janv. 1857, D. 1857, 1, 81.
(2) Lamoignon, *Arrestez*, II, p. 151.

108. — Mais la question se pose à l'égard de toutes autres personnes, c'est-à-dire des ayants-cause à titre particulier et des *penitus extranei*.

Parmi ces personnes, lesquelles seront des tiers, au sens de l'art. 1690 ?

C'est une des questions les plus difficiles et les plus compliquées du Code que cette théorie des tiers et des ayants-cause, et cela tient à ce que la solution en diffère nécessairement suivant la matière à l'occasion de laquelle elle se pose : les *tiers* au point de vue de la Loi du 23 mars 1855, par exemple, sont tout autres que les *tiers* au sens de l'art. 1690 : nous avons déjà eu l'occasion de le faire ressortir (n° 98) ; autres encore sont les *tiers* de l'art. 1328, ceux de l'art. 1321, ceux des art. 941 et 1071 : en un mot, il existe dans le Code un certain nombre de théories des tiers.

La raison en est que, à côté de véritables tiers, qui le sont toujours, et dans tous les cas, de par leur situation propre (par exemple, l'acquéreur qui a sauvegardé ses droits : on le retrouvera dans la catégorie des tiers relativement aux translations immobilières, s'il a transcrit, dans celle des tiers relativement aux cessions de créance, s'il a notifié, etc.), il existe, dans chaque théorie particulière, des personnes qui sont admises à ce titre en vertu des principes spéciaux de la matière : par exemple, ici, le débiteur.

109. — Les premiers, les tiers *nécessaires*, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi, sont forcément d'anciens ayants-cause du même auteur, qui se sont créé une situation indépendante : la théorie des tiers

et des ayants-cause en toute matière n'a pas d'autre but que le règlement des conflits qui peuvent s'élever entre deux personnes tenant leurs droits d'une même troisième.

Une telle conception se comprend parfaitement en raison, et elle est, de plus, absolument conforme à l'esprit de la loi en matière de publicité, et, spécialement, de publicité de cessions de créance : Il faut que, pour être un tiers, on ait été ayant-cause, car, de cette manière seulement, peuvent s'élever des conflits de *droits* portant sur le même objet : il n'existe de droits que ceux conférés par le propriétaire, de conflits de droits que si tous émanent de véritables propriétaires.

Il faut, d'autre part, que l'on soit sorti de la catégorie des ayants-cause, à l'égard, au moins, de la personne à laquelle on oppose sa qualité de tiers : il faut qu'on ait acquis un droit propre, indépendant, autrement le même droit serait invoqué par les deux parties, et la solution d'un tel conflit serait impossible. Qu'on nous pardonne ce souvenir de Droit Romain : la situation de deux ayants-cause conservant cette qualité, et aux prises l'un avec l'autre, nous rappelle celle de deux personnes *alieni juris*, soumises à la puissance du même *paterfamilias*, et qui voudraient agir en justice l'une contre l'autre.

Voilà donc un principe commun à toutes les questions où il s'agit de définir des tiers, et l'on peut donner ce nom à toute personne réunissant les deux caractères que nous venons d'indiquer : qu'il s'agisse

de translation de propriété de biens corporels, de cessions de créance, d'effet des obligations, une telle personne sera nécessairement un tiers.

S'il n'y avait que ce principe, la définition serait facile, et la question des tiers et des ayants-cause n'aurait pas acquis la réputation de difficulté qu'elle mérite à si bon droit.

110. — Mais, à côté de ce noyau de tiers, les mêmes dans toutes les théories, il existe, avons-nous dit, dans chacune d'elles, des tiers qu'on ne retrouve dans aucune autre ; ceux qui sont classés dans cette catégorie, en vertu des principes spéciaux à la matière.

Cette classe est, ici, réduite à sa plus simple expression ; elle comprend une seule personne : le débiteur.

Le débiteur est bien ici un tiers ; car, dans cette question de publicité de cessions de créances, c'est lui dont l'intérêt a, en première ligne, inspiré le législateur ; la tradition, l'art. 1691 le prouvent.

D'autre part, il nous est impossible de désigner une autre personne ne rentrant pas déjà dans la première classe, et qui puisse prétendre, en même temps, que la publicité a aussi été organisée en sa faveur.

Les tiers, ici, les tiers au sens de l'art. 1690, comprennent donc :

En premier lieu, les ayants-cause du cédant qui ont acquis un droit propre sur la créance, c'est-à-dire les acquéreurs de droits réels sur cette créance

qui les ont conservés — et, dans certains cas, des créanciers du cédant sortis également de la classe des ayants-cause.

En second lieu, le débiteur.

Lamoignon semblait bien avoir en vue cette classification, quand il disait : « Le simple transport ne saisit point, et n'a d'effet, à l'égard *du débiteur* et *des autres tierces personnes*, que du jour où il a été signifié (1) ».

111. — Malheureusement, les deux termes de cette classification sont irréductibles à une même formule ; nous n'apercevons du moins, entre eux, aucun caractère commun qui puisse fournir les éléments d'une définition à la fois générale et scientifique, et nous arrivons à cette conclusion décevante, qu'il est impossible d'en formuler une. Aucune de celles qui ont été données jusqu'ici n'est et ne pouvait être absolument satisfaisante. Chacun a proposé la sienne : elles tombaient toutes dans l'un ou l'autre des ces défauts opposés, tous les deux capitaux.

Ou bien on donnait une définition trop générale : citons comme exemple celle de M. Troplong (2) qui fait rentrer sous la dénomination de tiers toute personne qui, n'ayant pas figuré à la cession, pourrait avoir intérêt à l'écarter : l'inexactitude de ce point de vue est évidente : il conduirait à décider que la publicité est requise *ad solemnitatem* ; comme le font très exactement remarquer MM. Aubry et Rau : « Ce

(1) *Recueil des Arrestez*, I. p. 138, n° 1.
(2) *De la Vente*, II. 895 à 897.

serait attacher à la disposition de l'art. 1690, une idée de formalisme qui répugne à l'esprit général de notre législation (1) ». M. Laurent (2), sous l'influence de la loi hypothécaire belge, semble tomber dans le même excès de généralité.

Ou bien on laissait de côté l'un des termes que doit comprendre la définition : le débiteur : témoin cette phrase d'une remarquable note de M. Beudant, au pied d'un arrêt de cassation du 8 mai 1878, que nous avons déjà eu l'occasion de citer ; le savant professeur y définit les tiers « tous ceux qui n'ont pas été parties, *et qui ont* SUR LA CRÉANCE *des droits* dont l'efficacité serait compromise si la cession leur était opposable. »

Ou bien enfin, plus prudemment, on se contente d'une énumération, sans tenter de généraliser, comme Pothier (3). Ou bien on reste dans un vague d'expression qui n'a rien de compromettant : comme cet arrêt de la Cour de Cassation (4), aux termes duquel « ceux-là seuls peuvent invoquer l'art. 1690 et le défaut de signification, qui ont *acquis des droits* entre le transport et la signification qui en est faite au débiteur. »

Cette dernière définition, qui n'a certes pas le mérite de la précision, mais qui est à la rigueur exacte à force d'ampleur, a été reproduite par

(1) IV. § 359 *bis*, texte et note 3.
(2) XXIV, n° 502.
(3) III, *Traité de la Vente*, n° 555.
(4) Rej., 22 juillet 1828, Dalloz, J. G., V° *Vente*, n° 1734.

MM. Aubry et Rau (4) : « On entend par tiers, en cette matière, tous ceux qui ont un *intérêt légitime* à écarter la cession pour faire maintenir des *droits ou avantages* acquis depuis la cession. » On peut faire rentrer le débiteur dans cette définition, en disant qu'il a un droit acquis à sa libération. Mais combien elle est peu précise ! Ce mot *droit acquis*, à lui seul, demanderait une nouvelle définition, celle-là encore impossible à donner : la difficulté ne serait donc que reculée.

Nous préférons donc nous en tenir à l'énonciation, que nous avons donnée, de deux termes rentrant l'un et l'autre, ici, dans la qualification de tiers :

D'abord, les ayants-cause ayant acquis sur la créance un droit devenu propre, distinct de celui de leur auteur, et ainsi rival de celui du cessionnaire.

Puis, le débiteur.

§ 1

CERTAINS AYANTS-CAUSE

112. — Pour pouvoir invoquer le défaut de publicité, ils devront avoir eux-mêmes un droit, et l'avoir conservé conformément aux lois antérieurement à la signification :

Un droit,— car un intérêt ne saurait prévaloir sur un droit tel que celui que possède le cessionnaire ;

(1) *Loc. cit.*

ainsi, un transportuaire partiel ne pourrait écarter le cessionnaire du reste, alors même qu'il aurait un intérêt à rester co-créancier de son cédant plutôt que du second cessionnaire : par exemple si, héritier présomptif du cédant, il comptait réunir, au décès de celui-ci, les deux portions du droit entre ses mains.

Un droit conservé conformément aux lois, quand la loi exige des formalités pour que ce droit soit valable *ergà omnes* : — car alors l'accomplissement de ces formalités, seul, fait monter l'ayant cause au rang des tiers : sans cela, nous l'avons dit, le conflit ne naîtrait pas. Par exemple, un second cessionnaire ne peut opposer au premier le défaut de notification que s'il a lui-même notifié ou fait accepter son transport ;

Antérieurement à la signification, car cet évènement rend la cession inattaquable pour tout acte ultérieur : le cessionnaire, ayant consolidé son droit, est lui-même devenu un tiers par rapport à tous autres prétendants. Loin de pouvoir se voir contester son droit, sous ce prétexte, par l'un de ces derniers, c'est lui qui pourra lui opposer valablement l'inaccomplissement des formalités de publicité. Ainsi, un premier cessionnaire qui n'a notifié qu'après la signification d'un second transport ne peut attaquer ce dernier : ce serait au contraire le second cessionnaire qui pourrait repousser le premier transport comme tardivement publié.

113. Ayant déterminé les conditions sous les-

quelles les personnes placées dans cette première catégorie pourront agir, voyons, d'une manière très générale, quelles sont ces personnes: cet examen rapide nous donnera d'abord une vue d'ensemble utile à posséder avant de descendre au détail des applications. Il nous permettra, de plus, d'éliminer certaines questions controversées, et d'aborder ainsi, avec des idées générales plus nettes, l'étude des applications de la sanction.

Ce sont (n° 110), des acquéreurs, ou, dans certains cas, des créanciers.

I

114. — Des acquéreurs de la créance: dès qu'ils auront notifié, ils pourront opposer le défaut de publicité à ceux qui n'avaient pas encore, à ce moment, rempli cette formalité.

II

115. — Des créanciers, dans certains cas, en vertu du droit de gage que le cédant, leur débiteur, leur a consenti sur la créance transportée.

Ils se trouvent ainsi avoir plus de droits que leur auteur, qui, étant une partie, ne pourra jamais se prévaloir de la clandestinité d'une cession pour refuser de la reconnaître (n° 107).

Ce n'est d'ailleurs pas le seul exemple de créanciers pouvant ce que leur débiteur ne pourrait pas: l'action Paulienne en est un exemple frappant. Peut-

être les créanciers du donateur peuvent-ils — c'est, du moins, la solution généralement admise, — opposer le défaut de transcription des donations de biens susceptibles d'hypothèque, ce qui serait refusé à leur débiteur. Dans l'ancien Droit, ils pouvaient certainement faire valoir l'inobservation de l'insinuation. Enfin, — et ceci est plus grave ici ; — Pothier signalait ce droit des créanciers comme la première et la plus indubitable conséquence de la non-notification. Il est peu probable que les rédacteurs du Code aient changé d'avis : l'art. 1690 témoigne au contraire qu'ils ont entendu conserver l'ancienne tradition.

Ce résultat s'explique, du reste, à notre point de vue, par ce que l'évènement qui leur permet d'invoquer le défaut de notification les a fait sortir de la position d'ayants-cause pour les investir d'un droit à eux.

Voyons quels événements font ainsi, de simples créanciers, des tiers :

116. — D'abord la saisie, qui montre chez le créancier la volonté de retirer au débiteur sa confiance et de renoncer à la situation de créancier chirographaire pour une position plus sûre. Telle était aussi la solution de l'ancien Droit : la première conséquence que Pothier donne du défaut de signification, c'est que les créanciers du cédant continuent à pouvoir arrêter la créance cédée (1).

(1) *Traité de la Vente*, n° 556.

117. — La faillite (2) : elle montre que le débiteur était indigne de la confiance que ses créanciers lui accordaient : la loi, alors, le dessaisit de l'administration que lui avaient laissée ces créanciers, et elle donne à ceux-ci un droit désormais indépendant.

C'est une question controversée que de savoir à partir de quel moment la faillite produit cet effet.

On a prétendu le faire remonter au jour de la cessation des paiements, grâce à un effet spécial de l'ouverture de la période suspecte (1) : Nous sommes ici en présence d'un acte tendant évidemment à favoriser l'un des créanciers : jusqu'à la notification, en effet, le cessionnaire est un simple créancier de la garantie et de la délivrance : et ce droit personnel, qui l'exposait au concours, se trouve, par la signification ou l'acceptation, transformé en un droit de propriété, exclusif. Or, l'art. 446, 3° du Code de Commerce a pour but, et personne ne le conteste, de frapper d'une nullité de droit, tous actes par lesquels le débiteur aurait, pendant la période suspecte, amélioré au détriment des autres la situation d'un de ses créanciers. Sa disposition, absolument générale, doit donc s'appliquer à notre hypothèse et faire prononcer la nullité de droit de la notification.

La majeure de ce syllogisme est inexacte, à un double point de vue :

(2) V. Aubry et Rau, § 359 *bis*, et note 16, et les auteurs et arrêts qu'ils y citent. V. également une note sous l'arrêt de Civ. rej. du 6 mai 1857, D. 1857, 1. 289.

(1) Bravard, *Traité de droit commercial*, V. p. 295 ; Civ. rej., 13 juillet 1830. S., 1830, 1, 375 ; Colmar, 17 janv. 1866, S, 1866, 2, 218.

D'abord le cessionnaire n'est pas réduit jusqu'à la notification, à un droit de créance ; la convention a suffi pour lui transférer la *propriété* de la créance cédée à l'égard du cédant et de ses ayants-cause, qui ne peuvent invoquer contre lui le défaut de notification : les tiers, seuls, en ont le droit : or, les créanciers du cédant sont encore ses ayants-cause au moment de la notification, puisque la déclaration de faillite, seule, leur donnera un droit propre, et cela, sans effet rétroactif. Donc ils ne peuvent, jusque-là, se prévaloir de l'art. 1690.

L'art. 446, avec sa nullité spéciale, n'est pas davantage applicable, parce que l'acte qui consolide la situation du cessionnaire n'émane pas du débiteur : le cédant n'aurait même pas le droit de s'y opposer. C'est, nous l'avons dit, à son égard, un droit acquis pour le cessionnaire, par le seul fait du transport : or, ce transport étant valable, par hypothèse, la notification, qui n'en est que la conséquence, participera à sa validité.

Un texte vient même rendre ce raisonnement inattaquable.

L'analogie de la notification ne se trouve pas dans l'art. 446. C. Co., mais dans l'art. 448, qui prévoit des actes destinés, comme elle, à conserver, à consolider des droits préexistants. Or cet article dispose que : « Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. » Pourvu que le contrat translatif ou constitutif soit valable en lui-

même, les actes destinés à lui donner publicité à l'égard des tiers le sont donc également.

L'art. 448 ajoute une restriction qui, étant, elle, de droit étroit, ne doit pas être étendue à notre matière : c'est celle en vertu de laquelle les inscriptions prises plus de quinze jours après l'acte constitutif du droit qu'elle conservait sont annulables : la notification, pour laquelle aucune restriction semblable n'est écrite, tiendra donc, à quelque distance de la cession qu'elle soit faite (1).

118. — On s'est demandé si la simple déconfiture du cédant, ou si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession par ses héritiers n'équivalait pas à l'un des deux faits signalés ci-dessus, et ne donnaient pas, comme eux, le droit de se prévaloir du défaut de notification, aux créanciers de l'insolvable, à ceux de la succession bénéficiaire.

L'affirmative n'a pas été et ne nous semble pas pouvoir être sérieusement soutenue en ce qui concerne la déconfiture : en effet, elle ne constitue pas un état spécial, organisé d'après des règles particulières, comme la faillite. Les seules conséquences qui en résultent sont les suivantes : les créanciers de la femme du déconfit peuvent exercer les droits de

(1) Boistel, *Droit Commercial*, n° 919 ; Lyon-Caen et Renault, *Droit Commercial*, II, 2788 *bis* ; Lyon, 16 juin 1874, D. 1876, 2, 171. V. la même solution dans une hypothèse analogue, celle de la signification au débiteur, de la mise en gage de la créance (art. 2075). Req., 17 juin 1848, D, 48, 1, 481. Civ. rej., 16 juin 1862, D, 62, 1, 424.— *Contrà*, Colmar, 17 janv. 1866. D, 1866, 5, 224. Massé, *Droit Commercial*, IV, n° 2891.

leur débitrice contre son mari jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (art. 1446, 2°), et, sauf controverse, le débiteur est, à l'égard de ses propres créanciers, déchu du terme (art. 1188). A part ces deux modifications, les relations du débiteur et de ses créanciers, restent ce qu'elles étaient auparavant, c'est-à-dire des rapports d'auteur à ayant cause : les créanciers chirographaires du déconfit ne peuvent donc, en cette seule qualité, opposer l'inaccomplissement de la notification.

Mais la question devient délicate quand il s'agit de l'acceptation bénéficiaire de la succession du cédant ; ses créanciers sont-ils devenus des tiers ?

On l'a soutenu par un double argument d'analogie extrêmement puissant.

D'abord, analogie complète entre la notification d'une cession et l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque, analogie qui vient d'être signalée et mise en relief. Or, l'acceptation bénéficiaire met obstacle à la prise de toute inscription : art. 2146. « Les inscriptions ne produisent aucun effet... Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire. » Donc, elle empêche également un cessionnaire de signifier.

Puis, assimilation non moins complète entre la situation des créanciers d'une faillite et de ceux d'une succession bénéficiaire : cette analogie frap-

pante ressort clairement, tant des termes du même art. 2146, que de l'identité des dispositions qu'il applique aux deux situations ; les inscriptions ne produisent effet, si elles sont prises après faillite ou après acceptation bénéficiaire. Or, nous avons vu — et il est incontesté — que la faillite met obstacle à la notification d'une cession. Donc l'acceptation bénéficiaire rend également toute signification ultérieure inopposable aux créanciers successoraux.

De ces deux analogies, ajoute-t-on, la première a déjà été expliquée : la notification et l'inscription ont le même but : consolider et rendre opposables aux tiers des droits préexistants ; elles doivent subir le même sort.

La seconde n'est pas moins facile à justifier rationnellement : l'un et l'autre de ces deux faits, la faillite et l'acceptation bénéficiaire ont pour caractère de faire présumer l'insolvabilité du débiteur (1), et pour résultat de fixer à la fois la masse des créanciers et leur gage. Cette situation a été arrêtée sans qu'un événement postérieur puisse la modifier : il ne doit plus y avoir que des actes de liquidation. Il ne faut donc permettre à personne de se créer, aux dépens de la masse, une situation privilégiée, supérieure à celle qu'il avait au jour de l'ouverture de la succession ou de la cessation des paiements. Un arrêtiste donnait le mot de cette situation, dans

(1) L'acceptation bénéficiaire entraîne, en effet, une défaveur et des frais d'administration auxquels l'héritier ne s'exposerait pas à moins de doutes sérieux sur la solvabilité de la succession.

une formule qui dépassait sans doute sa pensée, mais qui l'exprimait énergiquement: « Les valeurs de la succession sont frappées d'une espèce d'interdiction empêchant qu'elles soient données à un créancier plutôt qu'à un autre. ».

119. Ces arguments d'analogie, si sérieux qu'ils soient, n'ont pas réussi à entraîner la jurisprudence et a faire triompher une solution aussi nettement dérogatoire au droit commun.

En droit commun, le cessionnaire a droit acquis à la notification : il l'effectue quand il lui plaît. Certes, cette faculté reçoit exception en cas de faillite, mais c'est qu'alors les créanciers deviennent des tiers. En peut-on dire autant ici? Non : les créanciers héréditaires restent les ayants cause du *de cujus* : l'art. 2146 a pour seul but d'éviter qu'un d'entre eux obtienne une situation privilégiée au détriment des autres: or, nous avons montré que le cessionnaire n'est pas un créancier : à l'égard des créanciers de la succession, simples ayants-cause du cédant, il a mieux qu'un simple droit à la créance; il a un droit *dans* la créance, il en est propriétaire.

Voilà la solution que commande le droit commun. Quelles raisons trouvons-nous pour y déroger ?

De simples arguments d'analogie : d'abord entre la faillite et l'acceptation bénéficiaire : on la base sur ce que, dans les deux cas, le gage est fixé, et l'insolvabilité présumée. Mais, de ces motifs, le premier doit aboutir seulement à la décision que donne ,

en effet, l'art. 2146 : il faut empêcher *un créancier* de se payer aux dépens des autres.— Le second est inexact : la faillite crée une très forte présomption d'insolvabilité, mais il n'en est pas de même de l'acceptation bénéficiaire. Cette acceptation, par exemple, est obligatoire, la succession fût-elle manifestement excellente, par cela seul que l'héritier est un mineur (art. 461, 2°). D'ailleurs, l'insolvabilité fut-elle clairement établie, il serait illogique, sous notre loi, d'en faire le signe d'arrêt de la notification : car, par hypothèse il n'y a pas faillite : la succession est donc seulement en déconfiture : or, la déconfiture (n° 118) n'empêche pas la notification d'une cession antérieure.

Quant à l'analogie que l'on invoque entre la prise d'une inscription et la signification d'un transport, elle se réfute aisément par une remarque déjà présentée : La prise d'une inscription tend à la création, à l'égard des autres créanciers, d'un droit de préférence : l'art. 2146 a eu pour but d'éviter ces inégalités entre personnes toutes munies d'un simple droit personnel, — tandis qu'ici c'est un droit de propriété déjà valable à l'égard des créanciers successoraux, que le cessionnaire demande seulement à compléter.

D'ailleurs, l'analogie fût-elle complète entre la conservation d'une cause de préférence et celle d'un droit de propriété, il nous semblerait impossible d'étendre l'art. 2146 à notre situation, puisqu'il ne la vise pas textuellement ; alors surtout que la décision de ce

texte en matière d'acceptation bénéficiaire est universellement attaquée (1).

120. — Il est un dernier cas, enfin, où les créanciers chirographaires agissent en vertu d'un droit propre : c'est lorsqu'ils intentent l'action Paulienne. Mais ici, cette hypothèse ne trouve pas son application : en effet, l'action Paulienne ne peut être dirigée par les créanciers du cédant, contre la signification ou l'acceptation, qui n'est pas l'œuvre de leur débiteur. Et, si elle est dirigée contre la cession elle-même, comme ces créanciers en ont le droit, puisqu'elle au moins émane de leur débiteur, la notification ne sera atteinte qu'indirectement et par voie de conséquence.

§ 2

LE DÉBITEUR

121. — Quelles personnes doit comprendre cette seconde catégorie ?

D'une manière générale, toutes celles à qui doit être adressée la notification.

Cette formule ressort avec certitude de la remarque suivante : le débiteur n'est ici un tiers que parce que la publicité a été organisée surtout en sa faveur : or la publicité, quand elle est nécessaire, doit le toucher directement (art. 1690). Donc, quand une notification à

(1) *Dans ce sens*, Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 14 ; Douai, 17 juillet 1833, D. 1833, 2, 198 et S. 1833, 2, 502 ; Bordeaux 10 février 1837, D. 1838, 2, 159 et S. 1837, 2, 288 ; Montpellier, 3 mai 1841, S. 1841, 2, 332 ; Paris, 10 mai 1845, D. 1845, 2, 156 ; Lyon, 16 juin 1874, D. 1876, 2, 171.

lui adressée n'est pas nécessaire, il n'est pas un tiers.

122. — Notre définition semble tout d'abord trop étroite, mais elle s'étend beaucoup plus qu'elle ne semble le comporter à première vue, par suite de certains principes propres au cautionnement.

123. — Elle comprend en première ligne les débiteurs personnels, directs : c'est indiscutable.

Alors même qu'ils seraient tenus solidairement ou que l'obligation serait indivisible (1).

Tous sont des *tiers*.

Si la notification n'a été adressée qu'à l'un d'eux, celui-là ne peut se prévaloir du défaut de notification à ses co-débiteurs : chacun ne le peut qu'en ce qui le concerne. Tout cela est l'évidence ; mais — et c'est ce que nous voulions arriver à déduire, — les tiers non débiteurs, les tiers de la première catégorie, eux, peuvent prétendre que la publicité, ayant été incomplète, ne les a pas touchés : s'ils ont eu connaissance de la cession, c'est une connaissance de *fait*, insuffisante pour suppléer la publicité légale.

124. — Au contraire des débiteurs principaux, la caution personnelle, et à plus forte raison, la caution réelle n'ont pas droit au titre de tiers, ni à l'avantage de pouvoir opposer le défaut de publicité, de leur chef, du moins.

(1) V. n° 66 : la solution alors donnée se fortifie de celle que nous en tirons ici. Tout le monde reconnait que *tous* les débiteurs solidaires sont des tiers : or, pour qu'un débiteur puisse être un tiers il faut, nous venons de le démontrer, qu'il ait droit à une notification directe

Mais elle peut — et c'est ici qu'intervient le correctif signalé, — emprunter la qualité de tiers du débiteur principal. En effet, (art. 2021 et 2011 à 2013) la caution n'est obligée de payer qu'à défaut du débiteur, là, par conséquent, où le débiteur devrait payer lui-même. Et ceci se comprend : si la caution était tenue envers le cessionnaire alors que le débiteur principal ne le serait pas, ou bien elle serait dépourvue de recours contre le débiteur principal, car elle n'aurait pas payé la dette au véritable créancier de ce dernier ; ou bien on lui accorderait ce recours : et alors le débiteur principal se verrait indirectement opposer la cession, dont il n'aurait cependant pas reçu notification.

Cette solution vérifie, comme la preuve directe d'un corollaire l'exactitude du théorème, la décision que nous avons donnée (n° 67), en établissant que la notification, en cas de cautionnement, ne doit être adressée qu'au débiteur principal : c'est lui qui représente la caution.

Il y a grand intérêt à constater que la caution n'est pas un tiers, mais qu'elle peut opposer le défaut de notification du chef du débiteur : les deux situations sont loin d'être identiques. La caution ne peut, dans notre système, se prévaloir de ce fait que si la notification n'a pas été adressée au débiteur qu'elle a cautionné, et dans la mesure où ce débiteur eût pu le faire lui-même : tandis qu'un tiers eût pu opposer cette négligence par cela seul que l'un quelconque des débiteurs principaux n'a pas été prévenu (n° 123).

125. — La solution d'une question très controversée ressort incontestablement, pour nous, de ce que nous venons de décider à propos de la caution.

On s'est demandé si la caution réelle, en admettant qu'elle ait le droit de purger et qu'elle l'exerce, peut s'opposer à ce qu'un cessionnaire de la créance hypothécaire vienne former sur l'immeuble la surenchère du dixième, avant que le transport ait été notifié.

Beaucoup d'auteurs ont rattaché cette question à celle de savoir si le cessionnaire peut, avant notification, faire des actes conservatoires.

On varie d'abord sur la réponse à donner à cette dernière question : M. Laurent (1) refuse ce droit au transportuaire, en se basant sur la définition beaucoup trop étendue qu'il a donnée du mot « tiers » (2). M. Troplong (3), après avoir fortement motivé le même avis au nom des principes, finit par lui accorder en détail chacun des droits conservatoires. Une pareille hésitation se remarque enfin dans tous les auteurs ou arrêts qui ont eu à trancher cette question de principe.

Si l'on admet que le cessionnaire peut procéder à ces actes (4), on se demande ensuite subsidiairement, en examinant un à un tous les actes à propos

(1) XXIV, n° 520 et seq.
(2) *Suprà*, n° 111.
(3) II, n°s 880, seq.
(4) C'est la doctrine généralement admise : V. notamment Limoges, 20 avril 1887, S, 1888, 2, 156.

desquels la controverse peut s'élever, s'ils constituent ou non des actes conservatoires ; et là encore nous rencontrons les mêmes contradictions, la même confusion. L'impression qui se dégage des solutions généralement admises, c'est qu'à défaut de principes, les auteurs et les arrêts se guident par l'équité. M. Colmet de Santerre (1), qui évite à dessein de généraliser la question, donne la note de ces décisions d'utilité : il recherche, à propos de chacun des actes, « s'il importe que l'acte émane de l'ancien créancier ou de cessionnaire. »

Pour nous, l'hésitation n'est pas permise : si notre principe est juste — et nous croyons l'avoir démontré, — les décisions suivantes, qui en découlent logiquement, le seront également.

Il faut distinguer si l'acte prétendu conservatoire s'adresse à un tiers ou à une autre personne :

Dans le premier cas, seulement, la question des actes conservatoires se pose, et nous verrons qu'elle s'y réduit à fort peu de chose.

Dans le second cas, le non tiers ne peut pas plus invoquer le défaut de notification à l'égard des actes conservatoires qu'il ne le pourrait à l'égard des autres actes.

La question que nous discutons revient donc à nous demander d'abord, si la surenchère s'adresse à un tiers ou à un non tiers. Or nous avons prouvé, dans ce même numéro, que la caution n'est pas un tiers ; de

(1) VII, n° 137 *bis*, IV.

plus, on ne se trouve pas ici dans le cas exceptionnel où elle peut revendiquer, ce titre du chef du débiteur principal : ce dernier ne pouvant évidemment pas s'opposer à la surenchère, qui ne produira contre lui aucun effet. Donc la caution ne peut s'opposer à la surenchère du dizième sur le fondement de l'absence de notification.

La même solution s'imposerait, *a fortiori*, si, au lieu d'une caution réelle ayant hypothéqué son bien à la sûreté de la dette d'autrui, il s'agissait d'un simple tiers-détenteur, d'un acquéreur complètement étranger à la dette : celui-là serait *penitus extraneus*, et n'aurait jamais aucun droit à la protection de l'art. 1690 (1).

De même, le détenteur du titre peut être actionné en restitution par le cessionnaire sur la simple justification du transport, et sans que la publicité en soit nécessaire à son égard.

Il convient de remarquer que les solutions auxquelles nous a conduit et nous conduira encore notre criterium se rapprochent très sensiblement de celles auxquelles le bon sens et l'équité, en l'absence de principes directeurs, ont conduit la jurisprudence et la plupart des auteurs.

---

(1) *Dans le même sens*, et pour des motifs très divers : Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Duvergier, II, 205 ; Marcadé, VI, sur l'art. 1690 ; Troplong, II, 895 ; Rej,, 22 juillet 1828, D. V° *Vente*, n° 1734 ; Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, note 3.

Secùs, Laurent, *loc. cit.*

126. — En résumé, les TIERS qui peuvent se prévaloir du défaut de notification sont :

1° Le débiteur principal (soit qu'il use lui-même de son droit, soit que la caution l'exerce en son nom) ;

2° Le second cessionnaire ;

3° Le créancier gagiste ;

4° Le créancier saisissant ;

5° La masse de la faillite.

A l'égard de tous autres intéressés, la cession produit effet *solo consensu*, comme entre les parties : ce n'est pas, en effet, dans leur intérêt que la translation de la créance a été retardée au moment de la notification, et elles ne peuvent ni se prévaloir du défaut de publicité, ni même en profiter indirectement.

SECTION II

EFFETS JURIDIQUES DE L'EXIGENCE D'UNE PUBLICITÉ

127. — Nous allons, sous cette section, étudier la sanction de l'art. 1690 dans son application vis-à-vis des cinq classes de personnes auxquelles nous venons de reconnaître la qualité de tiers. Les effets en étant fort différents suivant qu'ils se produisent a l'égard des uns ou des autres, nous consacrerons à chacune de ces catégories un paragraphe, sans que de cette division puissent résulter des redites ou des inutilités.

128. — Mais nous devons, tout d'abord, donner le principe général duquel découlent toutes les conséquences spéciales à chaque cas :

L'art. 1690 — et nous avons vu que les autres publicités ne sont que des simplifications des formes qu'il prescrit, et conservent d'ailleurs, avec le même but, la même sanction, — l'art. 1690 dispose en ces termes :

« Le créancier n'est *saisi* à l'égard des tiers que par la signification....

Néanmoins, le cessionnaire peut être également *saisi* par l'acceptation.... »

Ce terme significatif contient en germe le principe et toutes ses applications : on y reconnaît l'expression traditionnelle de la coutume et des anciens auteurs : « Un simple transport ne *saisit* point, et faut signifier le transport à la partie et en bailler copie avant que d'exécuter. »

Le législateur de 1804, en transcrivant presque textuellement l'art. 108 de la coutume de Paris, avec sa formule moyen-âge, a témoigné son intention de lui laisser le sens dans lequel elle a vieilli. Etre *saisi*, dans l'ancien droit, avant que cette matière fût obscurcie par les controverses des juristes, c'était être mis en possession légale : c'est encore avec cette qualification que l'art. 724 a fait revivre cette ancienne institution, la *saisine*. — Or, être mis en possession, du temps où la tradition transférait la propriété, c'était être rendu propriétaire. Nous trouvons cette idée exprimée et ses conséquences déduites dans plusieurs passages de Pothier auxquels nous aurons occasion de renvoyer.

Citons de suite le plus important, le n° 556 du

Traité de la Vente, où l'auteur expose, comme dans un coup d'œil d'ensemble, les effets de la signification : ils sont manifestement ceux d'une translation de propriété.

L'art. 1690 veut donc dire que le cessionnaire n'est rendu propriétaire à l'égard des tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités de publicité qu'il prescrit, jusqu'à ce moment, le cédant reste le seul créancier à l'égard des tiers ; dès lors, cette qualité passe au cessionnaire.

129. — Dans chacun des paragraphes qui vont suivre, et qui ne seront que le détail des applications variées de ce principe : nous examinerons, pour plus de clarté et pour mieux mettre en relief les effets de la publicité, la situation du cessionnaire vis-à-vis du tiers auquel est consacré le paragraphe, successivement avant et après la notification : de la comparaison de ces deux états ressortira l'effet, à l'égard des tiers, de la publicité accomplie.

§ 1

DU DÉBITEUR

130. — En Droit Romain, les exceptions nées du chef du cédant en faveur du débiteur, sans le dol de ce dernier, et avant la signification, étaient opposables au cessionnaire : la *denuntiatio* a même été introduite pour supprimer ce résultat. A partir de ce moment, le cédé devenait débiteur direct du ces-

sionnaire, ne pouvait payer qu'à lui, et lui opposer que les exceptions nées de son chef (1).

Dans l'ancien Droit, il en était absolument de même : Pothier (2) nous indique ce résultat : « ... Avant cette signification, le débiteur paie valablement au cédant, son créancier, et le cessionnaire n'a d'action, dans ce cas, que contre son cédant... — Le cédant est, par la signification, réputé dessaisi : il n'est plus censé en être le propriétaire, le cessionnaire est censé l'être : c'est pourquoi le débiteur ne peut plus valablement payer au cédant. » Pothier, on le remarquera, ne distingue pas si le paiement fait par un débiteur est ou n'est pas entaché de dol.

Enfin, le Code a conservé à la notification, à l'égard du débiteur, ces effets de tout point conformes aux principes : les conséquences de la signification y sont celles que la plus rigoureuse logique pourrait déduire; quant aux effets de l'acceptation, les mêmes en principe, ils souffrent une notable exception, dont nous aurons à déterminer l'étendue. Rappelons enfin qu'à l'égard du débiteur l'acceptation sous-seing privé ou résultant d'un acte ou d'un fait quelconque équivalent, est suffisante pour entraîner translation de propriété, alors qu'elle ne produirait aucun effet contre les tiers.

(1) L. 3, C. *De novat*, VIII, 42.
(2) *Vente*, n° 555.

A. — AVANT LA NOTIFICATION

131. — Le cédé conserve, nonobstant la cession, pour unique créancier le cédant : le transport n'a pas eu lieu à son égard; le tout, bien entendu, sous la réserve de sa responsabilité en cas de dol.

Les conclusions suivantes doivent en être tirées :

132. — 1° Le PAIEMENT par lui fait au cédant est valable : art. 1691 : il libère le débiteur d'une manière absolue.

L'art. 1240, lui aussi, décide que : « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. » Mais on remarque entre ce texte général et l'art. 1691, une différence de rédaction qui, nous allons le voir, correspond à une différence dans les conditions d'application.

L'art. 1240, texte de faveur pour le débiteur, exige de sa part la bonne foi sans laquelle il ne mériterait pas une protection aussi dérogatoire aux principes. « Le paiement, pour être valable, doit être fait au créancier », dit l'art. 1239 : et c'est logique ; l'exception qu'y apporte l'art. 1240 devait donc se justifier par une situation particulièrement digne d'intérêt.

L'art. 1691 va plus loin : il n'exige pas cette condition de la bonne foi, et cela s'explique, quand on remarque que cet article, placé après le texte, tout de principe, de l'art. 1690, n'en fait qu'une juste et logique application.

Voilà quelles conséquences proviennent de cette différence dans les deux contextes :

Pour satisfaire à l'exigence de l'art. 1240, le débiteur doit justifier d'une bonne foi spéciale, qui consiste à avoir cru véritable titulaire de la créance, celui qu'il a payé ;

Pour que le paiement au cédant soit libératoire, il suffit, d'après l'art. 1691, que la notification n'ait pas encore été faite au débiteur. Non que ce texte vienne encourager et protéger la mauvaise foi ! Mais la sanction en sera différente ici de ce qu'elle serait dans l'art. 1240 : dans cette dernière hypothèse, le paiement ne serait pas libératoire, et le créancier garderait son droit intact. — Ici, au contraire, le paiement, quoiqu'on l'ait contesté, éteindra l'obligation, car le principe est certain et absolu : jusqu'à la notification, le cédant reste propriétaire. Seulement, le cédé coupable de dol sera responsable de sa mauvaise foi envers le cessionnaire, qu'il devra indemniser : le droit commun conduit du moins à cette solution, et nous ne voyons ni principe ni texte qui autorise à y déroger (1). Si le cédant est complice de cette fraude, il sera également tenu à des dommages-intérêts. Telle est la sanction, dans l'esprit de l'art. 1691.

Il y a intérêt à distinguer cette solution de celle que proposent certains auteurs, et qui tendrait au

(1) La condamnation du système adverse résulte de ce que, sans texte et malgré tous les principes, ses partisans édictent une déchéance contre le cédé, la déchance du droit d'opposer la non-publicité.

maintien de l'obligation, par application de l'art. 1240 : dans le système que nous adoptons, la créance primitive étant éteinte, les sûretés accessoires ne lui ont pas survécu, et ne garantissent pas la créance des dommages-intérêts ; le résultat contraire serait obtenu dans l'opinion adverse. En pratique, le maintien des garanties semble plus équitable au premier abord : il n'en est rien : Certes, il est plus avantageux au cessionnaire, mais il réfléchirait contre des tiers, caution personnelle ou réelle, tiers-détenteur, créancier chirographaire ou créancier hypothécaire postérieur du cédé, qui n'ont rien à se reprocher, tandis que le cessionnaire a au moins le tort de n'avoir pas notifié.

Le même motif nous conduit à condamner la décision par laquelle un tribunal adjugeait au cessionnaire, à titre de dommages-intérêts contre le cédé, la créance transportée elle-même : il faut laisser les principes recevoir leur application, et éviter que, sous prétexte d'équité, il leur soit apporté des dérogations absolument injustifiables en théorie, et pouvant, en pratique, blesser les intérêts légitimes et les droits acquis des tiers.

Notre théorie s'appuie, du reste, sur l'analogie complète qui rapproche les effets de la notification de ceux de la transcription : or, il n'est pas contesté que, tant que la transcription n'est pas accomplie, l'acheteur n'est pas rendu propriétaire à l'égard des tiers, de si mauvaise foi qu'on les suppose, et que le résultat de leur dol se traduira pour eux, non pas en une

déchéance du droit d'opposer le défaut de publicité, mais en une obligation à des dommages-intérêts.

Le système que nous proposons a enfin pour avantage — outre sa conformité aux textes et aux principes, — la suppression de controverses très délicates, du genre de celle que nous avons déjà eu l'occasion de citer au n° 71. Elles se rapportent toutes au point de savoir si le débiteur peut payer valablement le cédant, soit sur sa poursuite, soit de son propre mouvement, lorsqu'il y a connaissance de fait, — ou si, n'étant pas libéré par le premier versement, il ne peut le faire sans s'exposer à payer une seconde fois. L'anarchie règne dans la jurisprudence à l'occasion de cette question, parce que les tribunaux se demandent toujours s'il faut ou non rendre la cession opposable au débiteur : la réponse apparaît, au contraire, nettement, dans le système que nous avons soutenu, par application de notre théorie générale sur la connaissance de fait. Non, le transport n'est pas valable à l'égard du débiteur, parce qu'il n'y a pas eu encore notification au moment du paiement : à cet instant, le cédant était encore le véritable créancier aux yeux du débiteur, qui s'est libéré en payant entre ses mains. Mais, si le versement a été fait de mauvaise foi, dans une intention frauduleuse, le débiteur s'expose à des dommages-intérêts : une nouvelle créance naît alors contre lui.

L'acte du débiteur est-il entaché de fraude ? Là est donc toute la question, question de fait, sur laquelle les tribunaux ne sont ni passibles de la

censure de la Cour suprême, ni sujets à l'examen de la critique doctrinale. On peut néanmoins citer les points suivants comme absolument certains :

Le débiteur qui a payé sur la poursuite du cédant, antérieurement à la signification, n'est pas coupable de dol : il ne pouvait se refuser au paiement, qu'en invoquant le transport, mais ce fait eût constitué de sa part une acceptation tacite de la cession, à laquelle il n'avait peut-être pas intérêt, et à laquelle il n'était en tous cas pas forcé de se soumettre : sait-il seulement d'une manière certaine si ce transport a eu lieu, si sa résistance au cédant, sur la foi d'une cession douteuse, ne l'exposerait pas à des dommages-intérêts de la part de ce dernier ?

Serait, au contraire, facilement suspecté de dol, celui qui, instruit d'une manière certaine de la cession (on peut supposer qu'il a reçu une signification nulle pour un vice qu'il ignorait), serait allé de lui-même et sans aucune nécessité, payer au cédant, qu'il sait n'être plus propriétaire.

133. — Par suite également de notre théorie générale, nous ne pensons pas que la simple connaissance soit suffisante, par elle-même et par elle seule, pour rendre le débiteur responsable : certes, il peut — et encore cela n'existe pas toujours —, y avoir faute de la part du débiteur qui paie au cédant nonobstant l'existence, de lui connue, d'un transport ; mais nous avons montré qu'en fait de publicité la faute, même lourde, n'est en principe, pas punissable, le cessionnaire étant tout le premier

coupable d'une imprudence grave pour n'avoir pas notifié à temps. Nous pouvons donc nous contenter de renvoyer, sur ces points, à nos précédentes explications.

134. — Le débiteur est donc en droit de payer le cédant, tant qu'il n'a pas reçu notification ni fait acceptation expresse ou tacite, authentique ou non ; mais en réalité il n'est pas forcé de le faire ; en effet, sa résistance au cédant, si elle est fondée sur le transport, en vaut acceptation tacite.

135. — Le même motif nous fournit la solution d'une question très controversée.

On s'est demandé si le débiteur, qui peut, s'il le veut, payer aux mains du cédant, pouvait également se libérer entre celles du cessionnaire, avant signification.

M. Laurent (1) s'élève avec force contre l'affirmative : « Si le cédé peut payer au cessionnaire, c'est parce qu'il est son débiteur : or, à ce titre, il peut se prévaloir de tout autre mode de libération : il peut nover, il peut compenser. Singulière situation ! Tous ces actes, il peut aussi les accomplir à l'égard du cédant (art. 1691) ; le débiteur aurait donc deux créanciers! Et comment les choses se passeraient-elles, si ces deux créanciers deviennent débiteurs du débiteur cédé? »

Cette argumentation indignée porte à faux. Oui, le cédé a le droit de payer le cessionnaire, il peut

(1) XXIV, n° 522.

convenir avec lui d'une novation, d'un pacte de remise, d'une compensation conventionnelle, mais *parce que ces faits valent de sa part acceptation tacite ;* c'est que, par eux et du même coup, la cession est devenue parfaite à son égard, il a cessé d'être le débiteur du cédant et l'est devenu du cessionnaire : la coexistence de deux créanciers, dont M. Laurent redoute si fort les effets ne se produira donc pas ici. Elle ne se produira pas davantage au cas où le cédé voudrait invoquer du chef du cessionnaire une exception opérant *de plein droit*, compensation légale ou confusion, par exemple, née antérieurement à toute signification ou acceptation de sa part : il serait repoussé dans sa prétention : car le fait d'invoquer cette exception née du chef du cessionnaire vaut bien acceptation, mais seulement à sa date ; or, comme par hypothèse, il s'agit d'une exception agissant de plein droit, dont l'effet est immédiat, spontané, antérieur par conséquent au fait, par le cédé, de l'invoquer, elle s'est produite à un moment où le cédé était encore débiteur du cédant, et ne l'était pas encore du cessionnaire, à un moment où il pouvait bien invoquer les exceptions du chef du cédant, mais non du chef du transportuaire.

136. — Si, par exception, le débiteur se savait exposé à un recours du cessionnaire au cas où il paierait le cédant, il n'aurait, suivant que le cédant réclame amiablement ou en justice, qu'à accepter le transport dans le premier cas, et qu'à exiger,

dans le second, la mise en cause du cessionnaire (1).

137. — Le cessionnaire pourrait-il exiger le paiement du cédé ? Non, avant qu'il y ait eu signification ou acceptation. Mais la notification, n'étant pas soumise à des formes sacramentelles, résulterait suffisamment de l'exploit introductif d'instance acte authentique par huissier, s'il renfermait les mentions essentielles à la signification : or, en fait, il exprimera toujours que c'est en vertu d'un transport portant sur une créance qu'il détermine, que le cessionnaire poursuit : dans ce cas, la demande serait bien intentée.

Il en serait de même, au cas d'une demande amiable se produisant après une acceptation indirecte, qui pourrait résulter, par exemple, nous venons de le voir, du refus de payer le cédant.

138. — 2° Les exceptions nées du chef du cédant avant la notification, opèrent en faveur du débiteur contre le cessionnaire.

Citons les suivantes :

139.— La *confusion*, le débiteur étant devenu héritier du cédant. On sait qu'à l'inverse le cédant devenu héritier du débiteur ne pourrait se prévaloir de cette exception (n° 107) (2);

140.— La *compensation* de la créance dont il est débiteur avec une créance qu'il a acquise contre le cédant (art. 1295, 2°) : en général du moins ; car il

(1) Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte n° 3 *in fine*.
(2) Pothier, *Des Obligations*, n° 846 (II. p. 355).

faut distinguer si la compensation est légale ou conventionnelle :

Si la compensation est conventionnelle, pas de difficulté : elle opère toujours entre le cédant et le cédé, comme une simple convention qu'elle est, intervenue avant notification. — Sauf dommages-intérêts au cessionnaire en cas de fraude.

Si elle opère légalement, on considèrera de quelle manière le cédé est devenu créancier du cédant ; si c'est par un mode constitutif de créance ou par transmission héréditaire, la compensation s'opèrera de plein droit ; si c'est par suite de l'acquisition entre-vifs, par le cédé, d'une créance préexistante contre son créancier, la compensation ne pourra être opposée au cessionnaire que si cette acquisition a été notifiée au cédant, débiteur de cette obligation. En effet, le cessionnaire, sans être à l'égard de ce fait qui vient détruire son droit sur la créance à lui transférée, un tiers au sens de l'art. 1690, peut au moins opposer, du chef du cédant, le défaut de notification de cette acquisition (analogie avec le n° 124). Mais, comme le cédant est le débiteur, on voit qu'il suffirait ici d'une acceptation sous-seing pour enlever ce droit au cessionnaire (même n°).

Il y aura donc, dans ce cas, conflit entre le cédé et le cessionnaire, entre les deux transports : le premier signifié des deux l'emportera, suivant le droit commun en matière de publicité (1).

(1) Pothier, *des Obligations*, n° 632, (II, p. 344).

141. — La *novation* ;

142. — La *remise de la dette*, consentie par le cédant;

143. — La *concession d'un terme* ;

144. — Le *serment* par lui déféré au cédé sur l'existence, l'étendue ou les modalités de la dette.

145. — La *chose jugée* au profit du débiteur contre le cédant, le sera également contre le cessionnaire, pourvu que l'exploit introductif d'instance soit antérieur à l'exploit de notification.

Le transportuaire n'aura donc plus la tierce-opposition contre un pareil jugement (1).

146. — Il en serait de même de la *transaction*, qui est un jugement privé, et, en général, de toutes conventions intervenues, avant la notification, entre le cédant et le cédé, à propos de la créance, et tendant à améliorer la situation du débiteur. Sauf, toujours, des dommages-intérêts au profit du cessionnaire, s'il y a lieu.

147. — Mais le cessionnaire ne pourrait, lui, invoquer la chose jugée, avant la notification, en faveur du cédant, ou les conventions avantageuses obtenues par ce dernier : car, étant partie à la cession, il ne peut se prévaloir du défaut de notification, ni prétendre, par suite, que, jusqu'à son accomplissement, le cédant est resté propriétaire : la suspension des effets de la cession jusqu'à la publicité n'est créée que dans l'intérêt des tiers — notamment du débiteur, — et ne peut se retourner contre eux.

(1) Carré, *Lois de la Procédure*, II, 1710.

Cette décision n'est pas en contradiction avec la précédente : l'inaccomplissement de toute formalité de publicité a ce résultat nécessaire, que la même personne est à la fois ayant-cause par rapport aux faits défavorables, et tiers par rapport aux faits désavantageux.

L'hypothèse d'une convention en faveur du cédant postérieurement à la cession ne s'est, du reste, pas présentée, à notre connaissance, devant les tribunaux, par le motif très simple que le cédant, ne pouvant plus rien retenir de ce qu'il stipulerait du débiteur, ne songera à réclamer de lui aucun avantage. Le seul cas qui se soit encore présenté et qui dût se présenter, est, au contraire, celui où le cédant consentirait à améliorer la situation du débiteur.

148. — La question se complique au cas où une même convention, passée dans cet intervalle, entre le cédant et le débiteur, renfermerait à la fois des conditions avantageuses et des conditions désavantageuses pour ce dernier. L'espèce est toute théorique : elle ne s'est pas plus présentée que celle d'une convention purement à l'avantage du cédant. Si le cas se produisait, nous croyons que les principes conduiraient à respecter les clauses favorables au débiteur, et à écarter celles qui lui seraient préjudiciables : il en serait bien ainsi au cas où les conventions seraient par actes séparés. Mais — et c'est un effet commandé par l'unité de l'acte : au cas où il serait démontré qu'en fait les clauses favorables et contraires se commandent mutuellement, la convention,

rendue indivisible par l'intention prouvée des parties, qui peut ressortir notamment des termes ou de la nature des clauses, devrait, quant à ces clauses, recevoir son exécution à la fois au profit du cédé et contre lui, ou ne produire absolument aucun effet : dans l'impossibilité de faire prédominer l'une ou l'autre des ces solutions, nous croyons que le choix devrait être laissé au débiteur entre l'exécution ou la nullité du pacte, en conformité des principes et de l'équité.

149. — A la généralité du principe qui domine tout cet alinéa, il faut apporter une exception, conséquence d'un principe absolument spécial : on reconnaît que les contre-lettres passées entre le cédant et le débiteur, antérieurement à la notification, sont inopposables au cessionnaire : l'art. 1321, en effet, déclare que « les contre-lettres ne peuvent avoir d'effet qu'*entre les parties contractantes* : elles n'ont point d'effet contre les tiers. » Ce texte oppose manifestement, et c'est l'opinion très généralement admise, les personnes qui ont souscrit la contre-lettre, d'une part, et, d'autre part, toutes les personnes non parties à l'acte ni représentées. Dans cette dernière classe on range, outre les *tiers nécessaires* (n° 109), certains ayants-cause qui montent au rang de tiers par suite de la portée toute spéciale de l'art. 1321 : créanciers chirographaires et acquéreurs qui n'ont pas encore conservé leurs droits au moment de la passation de la contre-lettre (1) : par

(1) *Sic*, Colmet de Santerre, V, n° 283 *bis*, VII ; Demolombe,

conséquent, le cessionnaire qui n'a pas encore signifié.

B. — APRÈS LA NOTIFICATION

150. — Le cessionnaire est le seul propriétaire de la créance.

Les faits qui, intervenus *avant* la notification, ne produisent effet que s'ils émanent du cédant, doivent, maintenant, pour aboutir au même résultat, avoir le cessionnaire pour auteur.

Ainsi, pour reprendre, rapidement et dans le même ordre, les faits examinés :

Le paiement ne peut plus être fait libératoirement qu'au cessionnaire.

La confusion, la compensation (art. 1295, 2°), intervenues à une époque ou en vertu d'une cause postérieure à cette date ;

La chose jugée, quand l'exploit introductif a été signifié après la notification ;

La novation ;

La remise de dettes ;

Le serment, opèrent désormais entre le débiteur et et le cessionnaire devenu propriétaire, que ce soit à l'avantage ou au détriment de l'un ou de l'autre.

Mais ces mêmes faits juridiques, intervenus entre le cédé et le cédant, qui n'est plus propriétaire, sont dépouillés de tout effet.

XXIX, n° 345, et les arrêts cités par Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1311, n° 43; *sic*, Aubry et Rau.

C. — HYPOTHÈSE MIXTE

151. — Les exceptions nées, avant la notification, du chef du cédant, opèrent en faveur du cédé ;

Les exceptions postérieures ne le font que si elles émanent du cessionnaire ;

Supposons donc des exceptions du chef du cédant, les unes antérieures, les autres postérieures à la publicité (ou l'inverse, du chef du cessionnaire), le cessionnaire se verra opposer les premières, et il dédaignera les secondes.

152. — On aperçoit tout l'intérêt qui s'attache, dans ce cas, à la question des dates, puisque l'opposabilité en dépend.

Comment seront prouvées les dates ?

Un premier point certain, c'est que la preuve en incombe au débiteur, demandeur en exception.

Mais comment l'administrera-t-il ?

S'il y a un acte authentique ou un sous-seing ayant reçu date certaine par l'un des trois faits prévus par l'art. 1328, pas de difficulté ; de même, la preuve testimoniale serait admissible dans la mesure restreinte où les art. 1341 et seq. l'autorisent. — Mais, au cas où ces deux modes de preuve feraient défaut, l'acte sous-seing produit par le débiteur et constatant une convention passée ou un fait intervenu entre lui et le cédant à une date non certainement antérieure à la notification, ferait-il foi de cette date contre le cessionnaire ?

C'est là une face de la célèbre question des ayants-cause et des tiers, au point de vue de la date.

Aux termes de l'art. 1328, « les actes sous-seing privé n'ont date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics. »

Cette impossibilité d'opposer la date aux tiers n'a évidemment pas été créée en faveur des tiers *penitus extranei*, envers qui l'acte entier est dénué d'effet.

Il faut aussi, évidemment, exclure de ce bénéfice les parties elles-mêmes et leurs ayants-cause universels, qui ne peuvent avoir que les droits de leur auteur. L'art. 1328 a donc été écrit, incontestablement, pour protéger les ayants-cause à titre particulier, et notamment l'acquéreur. Ces personnes, en effet, sont dans une situation mixte, ayants-cause pour ce qui est antérieur à leur acquisition, tiers quant au reste : il ne fallait pas qu'en antidatant un acte en réalité postérieur à l'acquisition du droit, le vendeur pût rendre cet acte opposable à l'acquéreur.

L'art. 1328 s'applique-t-il en notre hypothèse ? Le cessionnaire est un acquéreur, ayant-cause à titre particulier ; la fraude est à redouter au moins autant ici que dans tout autre cas : en logique, il faudrait donc déclarer le débiteur irrecevable à opposer au cessionnaire les actes portant une date non certaine antérieure à la notification.

On a proposé, en effet, cette solution qui, nous le

répétons, se soutient avec une grande force au point de vue des textes et du raisonnement, et elle a dominé en jurisprudence jusque vers 1845.

Nous ne parlons que pour mémoire d'un système qui tendrait à rendre toujours opposable au cessionnaire la date des actes passés entre le cédant et le cédé : cette théorie, qui n'a pas réussi, du reste, ne voit jamais dans le cessionnaire qu'un ayant-cause, et oublie complètement qu'à partir d'un certain moment il devient un tiers. Une telle décision, outre qu'elle répugne à la raison et qu'elle est un véritable encouragement à la fraude, n'a donc même pas le mérite de la logique.

Une théorie, basée, il faut le dire, sur les nécessités pratiques plutôt que sur le texte de la loi et les principes, a enfin triomphé en doctrine et en jurisprudence, et peut être considérée comme définitivement admise.

On distingue s'il s'agit de quittances ou s'il s'agit d'actes créant une simple exception ordinaire.

Dans le premier cas, on décide que la date de la quittance fait foi à l'égard du cessionnaire : en effet, il est impossible d'exiger une date certaine pour cette sorte d'actes. L'usage invétéré est de les faire sous-seing, et sans leur communiquer date certaine : l'exigence contraire ne serait pas observée et elle ne pourrait pas l'être. La fréquence des paiements, la rapidité des translations, la modicité des créances acquittées ne permettraient pas de se conformer à cette formalité incommode et assez coûteuse : le dé-

biteur, en fait, se trouverait donc, au détriment de la confiance et du crédit, exposé à payer deux fois.

La logique a fléchi devant ces considérations décisives, bien que difficiles à expliquer au point de vue de la loi écrite, et jamais dérogation ne fut mieux justifiée.

Toutefois, cette décision, qui est toute de faveur, doit être entendue raisonnablement : il serait inadmissible qu'elle pût servir à faire triompher la mauvaise foi. Elle n'a d'autre portée que de mitiger, dans un cas intéressant, la sévérité excessive des déductions légales. Il faut donc que cette faveur soit méritée par la bonne foi présumable du débiteur et la sincérité apparente de la quittance qu'il oppose : le juge, qui a fait ici œuvre de législateur, et qui est, par conséquent, maître de donner à son œuvre la portée qui lui convient, pourrait induire de toutes circonstances que la quittance est suspecte et la repousser ou réclamer un supplément de preuve. Voici un criterium fort rationnel de la sincérité de la quittance, proposé par la grande majorité de la doctrine, adopté par plusieurs arrêts et qui a pour lui l'autorité de la tradition ; le juge admettra très facilement la quittance, si le débiteur a invoqué le paiement au moment même de la signification, et produit la quittance, soit immédiatement, soit dans un délai dont la brièveté exclut toute fraude : dans les conditions contraires, l'antidate devrait facilement se présumer.

Second cas. Si, au lieu de quittance, il s'agissait d'un acte différent, quel qu'il soit, la logique repren-

drait son empire, et l'on exigerait la date certaine à l'égard du cessionnaire : la raison qui motivait une dérogation n'existe plus, en effet ; ces actes, eux, ne sont pas des actes courants, qu'il faille protéger d'une manière spéciale, même à l'encontre de la loi. Ils doivent retomber sous l'application de l'art. 1328. Ainsi l'on donne satisfaction, dans une mesure restreinte, il est vrai, à la disposition fort sage en elle-même que renferme ce texte (1).

153. — Tels sont les effets que produit, à l'égard du débiteur, l'accomplissement ou l'absence des formalités de publicité. Telles sont les solutions auxquelles conduisent les textes et les principes : ce sont celles du droit commun.

Elles s'appliquent sans aucune modification au cas de signification.

Au cas d'acceptation, elles reçoivent une importante dérogation, dont nous devons maintenant étudier l'étendue et les effets.

154. — Elle résulte de la disposition de l'art. 1295, 1°, au titre *des Obligations*, texte ainsi conçu : « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers,

(1) *Sic*, Ferrière, sur l'art. 104 de la *Coutume de Paris*, § 1, n° 25 ; Arrêt du 10 fév. 1565, rapporté dans Charondas, V° *Cession* ; Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 29, et § 756, texte et note 114 ; Colmet de Santerre, V, n° 291 *bis*, IV ; Delvincourt, III, p. 170 ; Demolombe, XXIX, 529 : Duranton, XVI, 504 ; Marcadé, sur l'art. 1328, n° 5, et sur les art. 1689 à 1691, n° 5 ; Troplong, II, 920.

Pour la jurisprudence, notamment Civ. Cass., 23 août 1841, S. 1841, 1, 756.

ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. »

Sans ce texte, le droit commun eût conduit à décider que la compensation était admissible dans ce cas: le cédé a été, par hypothèse, titulaire d'une créance liquide et exigible contre le cédant au moment où ce dernier était encore, à son égard, propriétaire de la créance cédée. Ce droit à l'exception de compensation était donc acquis au cédé. Peu importe à quel moment il le fait valoir, fût-ce après la notification.

L'art. 1295, 1°, en empêchant alors la compensation, constitue donc une notable dérogation au droit commun. Dans quelle but a été prise cette disposition exceptionnelle?

Deux explications sont en présence, et la différence de leurs points de départ se traduit par une divergence considérable quant à l'étendue d'application qu'elles accordent à notre article.

A: Dans un premier système on explique très facilement cette disposition:

A la différence de la signification, l'acceptation suppose le fait actif, la participation du débiteur au transport. En acceptant, il s'engage directement et personnellement envers le cessionnaire (1).

Suivant les uns, c'est à la fois une reconnaissance de la dette primitive et une soumission au déplace-

(1) C'est l'idée qu'indique, très discrètement, M. Colmet de Santerre, VII, n° 136 *bis*, VII.

ment de la créance, ce qui laisse subsister la créance elle-même avec ses sûretés.

Selon les autres, c'est une dette nouvelle qui naît au profit du cessionnaire, la première ayant été anéantie de droit par la compensation (1).

Peu importe, du reste, pour le moment, cette divergence des partisans du premier système, puisque tous s'accordent sur la conséquence qui nous intéresse et qui est le point commun de leurs théories : L'acceptation du débiteur étant un engagement personnel, il perd, par là même, le droit d'invoquer non-seulement la compensation, mais toutes les autres exceptions qui lui étaient acquises contre le cédant ; la réserve de ce droit serait contradictoire avec son acceptation ainsi entendue.

Cette théorie ne saurait recevoir notre adhésion : elle tendrait, en effet, à priver le débiteur, sur son acceptation, de toutes les exceptions *quelconques* qu'il pouvait opposer au cédant. Ce serait faire produire à l'art. 1295, très lointain de notre sujet, et par sa place et par son contenu, un effet qui ne tendrait à rien moins qu'à supprimer totalement l'application de l'art. 1690 2°, au débiteur, par cela seul que ce dernier aurait accepté au lieu de se laisser notifier ; or l'on sait qu'un acte de minime portée peut être considéré de sa part comme une acceptation ; la cession produirait effet, à son égard, rétroactivement au jour de sa passation, ce

(1) Demolombe, XXVIII, n° 579.

qui est absolument contraire à la notion de publicité. Ce serait, en outre, renverser, quant au débiteur, l'assimilation si complète que l'art. 1690 paraît faire des effets de l'acceptation et de ceux de la signification, et que doit laisser subsister l'étroite exception de l'art. 1295.

B : Pour nous, au contraire, l'acceptation du débiteur n'a que la portée d'une dispense de signification (n° 57) ; elle ne contient aucun germe d'obligation, pas plus que la signification, qu'elle supplée.

Dans notre opinion, la décision de l'art. 1295, trouve une double explication :

D'abord, il contient l'interprétation, par le législateur, de la volonté présumée du débiteur. Celui-ci, en acceptant purement et simplement, sans faire de réserves, ainsi que l'exige l'art. 1295 pour que cet effet se produise, a vraisemblablement entendu renoncer à la compensation, ce qui était dans son droit, et ce qui se présumera facilement : car la compensation présente la plupart du temps un bénéfice nul, et le cédé, dans ces conditions, a probablement préféré conserver sa propre créance contre le cédant, pour ne pas exposer ce dernier, tout gratuitement, à un recours en garantie du cessionnaire.

De plus, le transportuaire, en voyant le débiteur devancer la signification et accepter, a dû penser que le cédé n'avait pas contre lui une exception aussi facile à présenter et à vérifier que celle de la compensation, ou que, s'il en avait, il renonçait à en faire usage. Pour éviter que le tiers fût trompé

dans cette attente bien naturelle, le législateur a forclos le débiteur du droit de ressusciter l'exception de compensation.

Ce double fondement, renonciation et déchéance, que nous attribuons à l'art. 1295, doit lui faire donner l'interprétation la plus restrictive : le débiteur, en acceptant, n'a donc pas perdu le droit d'invoquer les exceptions autres que celles de la compensation : par exemple, le moyen tiré du fond, au cas où l'obligation serait entachée de nullité pour dol ou violence, au cas où il y aurait prescription, chose jugée, serment, etc.

Cette différence entre l'exception de compensation et les autres se conçoit : quand elle existe au profit d'un débiteur, comme la vérification qu'elle exige est très simple et peut être faite avec certitude, sur le champ, par les parties elles-mêmes, on ne comprend pas que le débiteur ne l'invoque pas immédiatement, s'il n'entend y renoncer : ce serait alors de sa part, une négligence dont il faut faire retomber les conséquences, presque toujours nulles, d'ailleurs, sur lui plutôt que sur le cessionnaire, — tandis que les autres exceptions exigent, en général, soit une vérification sérieuse, soit même l'examen de justice, et ne peuvent être proposées qu'avec réflexion et en leur temps (1).

Puis, et surtout (car la précédente explication ne pourrait s'appliquer ni à l'exception péremptoire tirée du paiement, ni à celle de remise de dette, qui, elles

(1) *Sic*, Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 53, et les arrêts cités à la note 52, *eod.*

aussi peuvent être opposées immédiatement et sans difficulté ; de plus, on pourrait reprocher au cédé d'avoir accepté alors qu'il pouvait attendre la signification, et voir dans ce fait actif une renonciation de sa part à toutes exceptions) ; si on peut renoncer à la compensation, bénéfice légal et simple fiction, et si le débiteur peut être facilement présumé faire cette renonciation, puisque, ainsi que nous venons de l'expliquer, la plupart du temps il n'y perd rien et ménage du même coup les intérêts du cédant, il n'en est pas de même des autres exceptions : le paiement, par exemple, fait matériel, ne peut être effacé, et surtout, on ne peut présumer une renonciation du débiteur aux exceptions de paiement, de remise, etc. ce qui se traduirait, pour lui, toujours, en une perte sèche égale au montant de la créance !

Donc, pour nous, nonobstant l'acceptation, le débiteur conserve le droit d'invoquer contre le cessionnaire les exceptions nées du chef du cédant.

Sauf à voir si, *en fait*, le débiteur n'a pas renoncé expressément ou tacitement à certaines exceptions, ce qu'il avait le droit de faire : l'art. 1295 ne contenant qu'une interprétation de volonté, l'intention contraire pourrait être établie : mais, comme toutes les renonciations, elle se présumera difficilement.

155. — Nous devons présenter ici une importante observation générale :

Les effets étudiés jusqu'ici de l'acceptation, se produisent-ils à l'égard des tiers, comme à l'égard du débiteur ?

Il faut distinguer selon les personnes à l'égard desquelles on se place : peu importe, du reste, nous allons le voir, en quelle forme se manifeste l'acceptation :

1° S'il s'agit de personnes qui ne peuvent invoquer le défaut de notification, de non tiers, la cession a opéré, pour eux, du jour où elle a été consentie : ainsi, le débiteur a-t-il accepté le transport alors que, depuis sa conclusion, une cause de compensation était survenue avec le débiteur ? Les cautions et autres intéressés ne sont pas déchargés, la cession existant, à leur égard, antérieurement à la naissance de la cause d'extinction. Il s'en suit que, le cédant n'étant plus créancier pour eux au moment où la cause de compensation se produisait, elle n'a pu éteindre à leur profit la créance, ni, par suite, les libérer de leurs obligations. La créance elle-même ayant d'autre part survécu par suite de l'acceptation *quelconque* du débiteur, les sûretés accessoires ne sont donc tombées, ni par une cause propre, ni indirectement par suite de l'extinction du droit principal. Ainsi, ces personnes ne souffrent pas de l'acceptation : elles n'avaient pas droit à leur libération ; elle en eussent profité indirectement si la compensation eût été invoquée : mais, le débiteur ayant renoncé à le faire, elles ne le pouvaient à sa place. C'eût été se prévaloir de défaut de notification : or, par hypothèse, elles n'en ont pas le droit.

Il n'est donc pas besoin, pour réserver le maintien des sûretés accessoires, de supposer, comme le fait

M. Colmet de Santerre (1), que l'acceptation du débiteur vaut reconnaissance de l'ancienne dette au profit du cessionnaire, ce qui ne laisse pas que d'être assez difficile à expliquer au point de vue juridique, la compensation ayant, de plein droit, éteint la dette ! L'équité a conduit ce savant auteur à notre conclusion, nous pourrions presque dire *malgré* le raisonnement : quant à M. Demolombe (2), il a logiquement déduit de son point de départ, faux à notre avis, la conclusion non moins critiquable, croyons-nous, que les cautions et autres intéressés sont déchargés.

2° A l'égard des personnes qui peuvent invoquer le défaut de notification la solution est inverse ; peu importe, encore ici, dans quelle forme l'acceptation s'est produite. Par hypothèse, l'exception que ces tiers avaient intérêt à soulever préexistait à la signification ou à l'acceptation : or, alors même que l'acceptation eût été authentique, le cédant étant, jusqu'à l'accomplissement des formalités, resté propriétaire à leur égard, toute exception née de son chef constituait pour eux un droit acquis : ce droit était, pour le débiteur, le droit de tiers, un droit indépendant du sien, auquel il ne pouvait toucher par une acceptation ultérieure, pas plus que la signification n'eût pu l'entamer.

156. — Une dernière question se pose à l'égard du débiteur. Nous avons vu (n° 125) qu'il est impossible de donner une solution générale à la question de

(1) *Suprà ;* n° 153, note 1.
(2) *Loc cit.*

savoir si le cessionnaire acquiert et si le cédant conserve le droit de faire des actes conservatoires relatifs à la créance. Nous avons décidé qu'il faut distinguer contre qui ces actes sont dirigés.

Le cédant n'a plus et le cessionnaire a seul, chacun de son chef, du moins, le droit de faire ces actes à l'égard des personnes non-tiers au sens de l'art. 1690, dès le moment où la cession est intervenue. Par suite, le cessionnaire peut seul, dès l'instant du transport, former surenchère sur l'immeuble hypothéqué (*eod. loc.*), inscrire contre le tiers qui a hypothéqué son bien à la sûreté de la dette, pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs du cédé, exercer conservatoirement les droits et actions de ce dernier, en vertu de l'art. 1166, etc. Cependant, tant qu'il existe entre les parties un lien obligatoire, par exemple, si le cessionnaire est encore débiteur du prix, ou le cédant débiteur de la délivrance ou de la garantie, la partie créancière de cette obligation peut exercer les actes conservatoires du chef de son débiteur (art. 1166), alors qu'elle a perdu ou qu'elle n'a pas encore le droit de les exercer du sien propre (1).

Mais la question présente plus de difficultés lorsqu'il s'agit d'actes conservatoires atteignant un tiers à la cession. Parmi cette classe de personnes, le débiteur est le seul qui puisse être touché par un acte de cette nature : il est facile de le vérifier par une éli-

(1) Leurs créanciers chirographaires, par exemple, bien que n'étant pas des *tiers* relativement à la cession, peuvent, par suite du même principe, mettre ce droit en mouvement.

mination à laquelle nous ne procéderons pas. C'est donc ici que la discussion de cette question trouvait tout naturellement sa place.

Elle se pose donc dans les termes suivants :

Tant que la notification ou une acceptation quelconque n'est pas intervenue, le cessionnaire peut-il exercer contre le débiteur des actes conservatoires : prise d'inscription contre le débiteur, interruption de la prescription contre lui, exercice de ses actions à titre conservatoire, etc. ? Ou bien est-ce le cédant qui a ce droit? Ou bien l'ont-ils tous les deux à la fois ?

La question a été très obscurcie, nous l'avons vu, faute d'une analyse suffisante. Dans la plupart des auteurs et des arrêts, tout est confondu : actes conservatoires ou actes d'exécution, droits du cédant, droits du cessionnaire, tiers et étrangers à la cession.

Cependant, on peut affirmer que, très généralement, on reconnaît la persistance du droit du cédant à faire des actes conservatoires (1), et l'on accorde également ce droit au cessionnaire, non pas par application de principes certains, mais *par équité* (1).

Une telle solution ainsi que le fait remarquer M. Laurent (2), est bien peu juridique.

Les principes nous paraissent absolument certains : la distinction que nous avons pris soin d'établir entre

(1 Aubry et Rau, IV, p. 434. — Dalloz, J. G, V° *Vente*, n° 1732, et les arrêts qu'il cite. — Duvergier, II, n° 204. — Laurent, XXIV, 450. —Marcadé, sur les art. 1689 à 1691, n° 2.— Troplong, II, n°s 880 et seq.

(1) Duvergier, Marcadé, Troplong, *loc cit.*, — Zachariæ, Massé et Vergé, IV, p. 327.

(2) XXIV, 519,

le cas où les actes conservatoires touchent des tiers et celui où ils n'atteignent que des non-tiers, avait pour but de les mettre en lumière.

Ici, nous sommes en face d'un débiteur, d'un tiers, qui, jusqu'à la notification ou à l'acceptation, ne connaît pas d'autre créancier que le cédant. Le cédant a donc, et a seul le droit de lui imposer des actes conservatoires. Certes, si le débiteur repousse ces actes venant de la part du cédant en s'appuyant sur la cession intervenue, de même qu'au cas où il accepte les actes conservatoires faits par le cessionnaire, le résultat se renverse : dans le premier cas, le cédant ne peut passer outre, et le cessionnaire acquiert ce droit dans les deux cas : mais c'est parce que ces faits constituent de la part du débiteur une acceptation tacite, et que, par conséquent, le cédant a cessé d'être et le cessionnaire est devenu créancier au regard du cédé ! ces exceptions apparentes ne sont donc que des applications de la règle, qu'elles confirment.

Jusqu'à notification ou acceptation, le droit aux actes conservatoires appartient donc au cédant seul ;

A partir de ce moment, au cédé seul.

Et, en effet, il ne peut y avoir à la fois deux titulaires d'une créance agissant en cette qualité !

Cette décision, outre qu'elle est seule logique et conforme aux principes, respecte plus l'équité que la solution généralement admise, quelque paradoxale que cette assertion puisse paraître au premier abord : c'est évident en ce qui concerne le cédé : il est ici protégé contre l'éventualité d'une double action ;

Quant au cessionnaire, il n'a pas à se plaindre : s'il veut exercer ces droits, qu'il signifie la cession.

On serait même tenté de lui permettre d'agir au nom du cédant, comme créancier conditionnel de la garantie, et, souvent, comme créancier actuel de la délivrance ; on sait, en effet, que dans l'opinion généralement admise, une créance conditionnelle suffit pour conférer le bénéfice de l'art. 1166. Ce serait une erreur : nous montrerons (n °168) que la cession ne peut être opposée aux tiers comme créatrice d'obligations plus que comme translative de propriété, tant que la publicité n'est pas intervenue. Le cessionnaire, jusqu'à ce moment, n'est donc pas créancier de la garantie ni de la délivrance contre le cédant, au regard du débiteur, qui est un tiers ; il ne peut donc invoquer cette qualité pour imposer au cédé, du chef du cédant, les actes conservatoires qu'il ne pourrait faire de son chef.

157. — En résumé, la situation du débiteur est la suivante :

Avant la notification, il ne doit qu'au cédant, et n'a de rapports qu'avec lui : sauf l'exception relative à la compensation, tous les droits à lui acquis pendant ce temps sont opposables au cessionnaire ;

Après, il a le cessionnaire pour débiteur unique.

Mais, avant d'appliquer ces principes, il faut, nous avons pu nous en rendre compte, soigneusement rechercher s'il n'y a pas eu l'un de ces actes, en apparence sans conséquence, mais qui en réalité,

constituent, vis-à-vis du débiteur, une véritable acceptation.

§ II

DU SECOND CESSIONNAIRE

158. — Entre deux cessionnaires successifs, c'est le premier dont le titre est rendu parfait par la publicité : notification, transfert, tradition, suivant la forme du titre, qui l'emporte.

Lorsque c'est le bénéficiaire de la cession la première en date, c'est la confirmation évidente du droit commun contenu dans l'adage : *prior tempore, potior jure* ; mais il semble qu'il y ait une véritable anomalie lorsque c'est le second cessionnnaire qui notifie le premier ; l'ordre des cessions paraît ainsi renversé quant à leur efficacité. L'anomalie n'est qu'apparente : c'est que la cession n'existe, à l'égard des tiers, que par la notification ou l'acceptation authentique : la date de cet événement importe donc seule quand il s'agit de régler les rapports de deux cessionnaires qui ne deviennent entre eux des tiers des rivaux, qu'après avoir notifié.

Ce principe est traditionnel et absolument général dans son application.

A Rome, déjà, de deux acquéreurs du même objet celui-là était préféré qui, le premier, avait été mis en possession, s'il s'agissait d'un bien corporel (1),

(1) *L. quoties duobus,* (L. 15. C. *De Rei Vindic.*),

ou avait, suivant les époques, obtenu délivrance d'une formule à son nom ou fait la *denuntiatio* au débiteur, au cas d'une cession de créance.

Il en était de même sous l'ancien Droit, ainsi qu'on a pu le voir par l'Introduction.

En ce qui concerne spécialement le conflit de deux cessionnaires sucessifs, la signification ou l'acceptation authentique remplaçait la tradition des biens corporels, et assuraient la priorité à celui qui avait devancé son concurrent (2).

Peu importait que le premier signifiant eût le titre postérieur en date apparente : les cessions ne prenaient date effective entre elles que du jour de leur perfection (3).

Peu importait que le premier eût obtenu la remise du titre : elle n'entraînait pas saisine à son profit, et cet effet ne pouvait résulter que de la notification régulièrement accomplie. Peu importait enfin que le second cessionnaire fût un donataire : s'il avait accompli le premier les formalités légales, il était préféré au premier cessionnaire même à titre onéreux.

Et c'est encore d'après ces règles que doit être résolu le conflit de deux cessionnaires sous le Code.

Un cessionnaire est un ayant-cause à titre particulier, qui reste ayant-cause tant que l'accomplissement des formalités légales ne l'a pas fait monter au rang des tiers. Dans la première période, il n'a

(2) Ferrière, n° 10. Pothier, *Vente*, n° 515. X p. 238, 4°.
(3) Pothier, *Vente*, n° 557 ; Bourjon, l. VI. t. 7, ch. 2. n°s 3 et 13.

d'autres droits que ceux de son auteur; dans la seconde, il a acquis un droit propre, il est saisi à l'égard des tiers.

Supposons donc deux cessionnaires successifs de la même créance; dès que l'un a signifié, fût-ce le second en date, il est un tiers par rapport à tous actes ayant la créance pour objet: il peut opposer le défaut de notification au premier acquéreur, qui a négligé cette formalité,—tandis que ce dernier, resté simple ayant-cause, ne peut, pas plus que le cédant, attaquer le titre ainsi fortifié : en vain signifierait-il à son tour : cette publicité tardive ne pourrait nuire au droit acquis, définitif, de son concurrent.

Il devait en être ainsi dans l'intérêt du crédit public ; il fallait qu'on pût être certain de devenir propriétaire et de le rester ; il ne fallait pas qu'on pût être incessamment exposé aux évictions ; c'est pourquoi la loi, dans un ensemble de dispositions dont l'art. 1690 n'est qu'une face, a décidé que celui-là seul serait propriétaire contre les tiers, qui aurait en sa faveur une acquisition publique, que chacun pût connaître.

Ainsi, pour les translations de propriété immobilière, le premier qui a transcrit est propriétaire incommutable ; de même que pour les aliénations de meubles corporels, le premier qui a été mis en possession (art. 1141).

De même, ici, celui-là est préféré qui, le premier, a pris, par la publicité, possession de la créance.

On a voulu appliquer l'art. 1141 à notre matière,

et décider que le cessionnaire qui aurait reçu tradition du titre l'emporterait. Cette interprétation inexacte a été repoussée par la jurisprudence (1) : en effet, l'art. 1141, application de l'art. 2279, doit, comme lui, régir uniquement les meubles corporels : pour les créances, il y a un texte spécial, notre art. 1690.

159. — On voit l'importance de la question des dates en matière de signification ou d'acceptation ; nous l'avons étudiée au long en sa place, et ne pouvons que renvoyer aux explications alors présentées (n° 70).

160. — Il s'élève, au sujet de notre situation, une question d'une difficulté tout apparente : supposons que le premier cessionnaire ait obtenu du débiteur une acceptation faite dans une forme qui le lie, mais qui ne lie que lui seul ; puis que le second notifie régulièrement. La différence des conditions nécessaires pour que le transport soit parfait à l'égard du débiteur et à l'égard des autres tiers, fait naître ici une difficulté : le débiteur est obligé à la fois envers les deux cessionnaires : envers le premier, son acceptation étant, par hypothèse, suffisante entre eux ; envers le second, puisque, par hypothèse aussi, elle était insuffisante pour opérer le transfert à son égard, et que sa notification est, par suite, arrivée en temps utile. Sera-t-il tenu de payer les deux, sauf

(1) Montpellier, 4 janv. 1853, D. 1854, 2, 171, et les arrêts cités par Dalloz, J. G., V° *Vente*, n° 1748.

recours contre le cédant? Il ne doit, croyons-nous, le paiement qu'à celui qui a notifié régulièrement.

En effet, son acceptation l'a bien lié envers le premier cessionnaire, mais il faut entendre raisonnablement cet engagement: le débiteur n'a accepté le premier cessionnaire pour créancier que sous la condition sous-entendue que celui ci serait encore, au paiement, le vrai propriétaire de la créance et que son droit ne serait pas détruit par un droit plus puissant; sous la condition, enfin, de pouvoir payer libératoirement. Son acceptation n'a d'autre but que de lui en faciliter les moyens; s'il survient donc un événement rendant cette libération impossible, il ne peut être, ni en droit, ni en équité, tenu de faire ce paiement.

Il en serait autrement si le débiteur, dépassant les limites d'une simple acceptation ordinaire, qui, nous l'avons vu, ne contient pas le germe d'une obligation personnelle, avait contracté vis-à-vis du premier cessionnaire un engagement direct:

Il serait alors tenu de le payer; mais ce ne serait plus en vertu de son acceptation, ce serait par suite de son engagement spécial.

161. — Les rapports des cessionnaires entre eux sont donc, en résumé, réglés d'une manière extrêmement simple: on applique le brocard *prior tempore, potior jure*, en considérant uniquement la date des notifications.

§ 3

DU CRÉANCIER GAGISTE

162. — La situation du créancier gagiste est identique à celle d'un cessionnaire : tous deux acquièrent un droit réel sur l'objet, sur la créance cédée ou engagée ; comme le cessionnaire, le créancier gagiste ne peut opposer son droit aux tiers qu'après des formalité de publicité : c'était logique. Après que les règles de l'art. 2074 ont été observées, il faut que le gagiste, aux termes des art. 2074 et 2075, signifie ou obtienne la tradition, suivant que l'objet du gage est incorporel ou corporel.

Pour ne nous occuper que de la notification, on admet, en conséquence de l'analogie complète que nous venons de signaler, qu'elle peut être faite en la forme dans laquelle le titre devrait être cédé pour que la propriété en fût transmise à l'égard des tiers (1).

La créance engagée est-elle constatée en la forme civile ? On emploie la signification prescrite par l'art. 2075, à laquelle, par analogie de l'art. 1690, pourrait suppléer l'acceptation du débiteur par acte authentique.

Si le privilège a pour objet une créance au porteur, la tradition en effectuera l'engagement *erga omnes*. L'analogie de l'art. 35 C. Co, est ici fortifiée de la

(1) Voir les arrêts cités par Rivière, *Jurisprudence de la Cour de Cassation*, n°s 550 et seq.

disposition de l'art. 2076 : ce texte exige la tradition pour la perfection du gage portant sur des meubles corporels; or, les titres au porteur ont toujours été assimilités a des biens de cette nature, la créance s'y confondant avec le titre qui la constate.

S'agit-il d'une créance sur une Société ou sur l'Etat? On fera un transfert constatant que la créance est soumise au gage : *transfert de garantie*.

Enfin, si c'est une valeur à ordre qui est engagée, la publicité s'en effectuera par un *endossement de garantie*.

Moyennant ces formalités, le contrat de gage portant sur une créance devient opposable aux tiers ; et notamment une cession ultérieure de la créance serait impuissante à y porter atteinte : par elle, le créancier gagiste est sorti de la classe des ayants-cause à titre universel, et est devenu un tiers à un moment où le cessionnaire n'était lui-même qu'un ayant-cause; la cession lui est donc inopposable : sa notification, ultérieure à celle du créancier gagiste, est tardive à son égard.

Il ressort de ces explications la justification de l'identité de situation que nous signalions au début de ce paragraphe : comme conséquence pratique, nous en concluerons qu'il faut appliquer au conflit d'un créancier gagiste et d'un cessionnaire, ou de deux créanciers gagistes entre eux, absolument toutes les règles que nous avons établies à propos de celui de deux cessionnaires successifs. Nous devons donc nous borner à un simple renvoi.

§ 4

DES CRÉANCIERS SAISISSANTS

163. — La question du conflit d'un cessionnaire avec des créanciers saisissants est la plus connue de toutes celles que soulève l'art. 1690. Sans compter les pages très étudiées que lui consacrent les auteurs de traités généraux sur le Code Civil, c'est par dizaines qu'il faut chiffrer les monographies qu'elle a inspirées : à ne citer encore que les plus estimables. Cependant, il ne semble pas que cette abondance de dissertations ait réussi à faire la lumière et l'unité sur ce point, — au contraire : le nombre des systèmes qui se sont produits en doctrine et en jurisprudence n'est pas inférieur à une cinquantaine, d'après le savant article de M. Houyvet, alors conseiller, maintenant Premier Président à la Cour de Caen (1).

On peut donc tenir pour certain que tout a été dit sur ce sujet, et que les dissertations parues ne laissent place qu'à une œuvre de compilation.

Un travail de cette nature nous séduit peu : d'autre part, la nécessité de passer en revue et de réfuter les innombrables systèmes qui se sont produits sur la

(1) *Revue pratique,* année 1871, t. XXXI, p. 177 et seq.

Citons également, comme méritant une mention spéciale, les travaux de MM. Barilliet, *Revue pratique,* XIII, p. 49-87 ; Flamm, *Revue critique,* III, p. 337-350 ; Marcadé, *Revue critique,* II, p. 717-726 ; Mourlon, *Revue Fœlix,* XV, p. 161; Vielle *Revue critique* III, p. 113. 124 ; Villequez, *Revue historique,* VIII, p. 454. V. également Dard, *des Saisies-arrêts* ; Roger, *de la Saisie-arrêt,* nos 247 à 251.

question (et il serait permis d'en laisser bien peu de côté, parce qu'ils sont en grande majorité irréductibles), rendrait ce travail aussi rebutant que peu intéressant au point de vue des principes de notre sujet.

Nous préférons donc exposer brièvement et en nous bornant autant que possible à des idées nouvelles, le système auquel nous nous rallions avec une entière conviction, en montrant comment, d'après nous, les principes conduisent fatalement à son adoption : les arguments invoqués à l'appui de cette thèse pourront être opposés comme objections décisives aux divers autres systèmes, qui se trouveront ainsi, et du même coup, indirectement réfutés.

164. — Dans le but de rendre cette étude plus claire, nous examinerons successivement les trois situations qui peuvent se produire, le cessionnaire se trouvant en face :

1° D'un créancier saisissant antérieur ;

2° D'un créancier saisissant postérieur ;

3° De deux créanciers saisissants, l'un antérieur, l'autre postérieur, à la fois.

I

Saisie-arrêt suivie d'une cession

165.— Observons d'abord qu'il suffit, pour la réalisation de cette hypothèse, que la saisie soit antérieure à la signification où à l'acceptation : la saisie ayant fait monter le créancier au rang des tiers, la

notification, seule, pourrait donner à la cession l'existence à son égard.

166. — Un point hors de doute, c'est que le cessionnaire aura seul droit à l'excédent de la somme cédée sur les causes de la saisie : l'étendue de la saisie-arrêt se limitant aux intérêts qu'elle doit sauvegarder.

Mais, dans la mesure des causes de la saisie, nous avons deux droits en présence :

Le droit du cessionnaire, qui a obtenu transport de la totalité de la créance, donc, de la partie saisie (1) ;

Le droit du saisissant, droit qui, sur cette partie, n'a pu être entamé par des actes de disposition postérieurs.

D'abord, ces deux droits sont exclusifs l'un de l'autre, par essence.

De deux choses l'une, en effet :

Ou bien la cession a été signifiée antérieurement à la saisie (ce qui constitue la seconde hypothèse) : alors la saisie a porté à vide ; l'objet n'en était plus dans le patrimoine du saisi : elle est nulle, et le cessionnaire triomphe.

Ou bien (et c'est l'hypothèse actuelle), la saisie

(1) Il faut évidemmeut supposer, pour que le conflit puisse se produire, la cession d'une partie de la créance dépassant ce qui resterait après désintéressement du saisissant. Ce conflit peut, du reste, exister sur tout ou partie des causes de la saisie. Le resultat étant le même dans tous les cas, dans le système dont nous recommandons l'adoption, nous supposerons toujours, pour plus de simplicité, que la cession porte sur la créance entière.

était antérieure à la cession : et alors la créance n'était plus de libre disposition dans les mains du cédant au moment où la cession eût pu produire effet au regard du saisissant, c'est-à-dire au moment de la notification.

Il s'ensuit que le cessionnaire n'a pu obtenir la propriété de la portion saisie de la créance au détriment du saisissant.

Donc, le créancier dont la saisie est antérieure à la signification du transport l'emporte sur le cessionnaire, et l'exclut à concurrence des causes de la saisie. Supposons donc une créance de 3.000, saisie-arrêtée pour 1.000, puis transportée en entier : le créancier prendra 1.000, le cessionnaire recevra les 2.000 restant.

La cession n'est donc pas opposable au saisissant, *en tant que translative* de la propriété de la créance.

167. — Mais la vente n'est pas seulement un contrat translatif : elle est, en même temps, créatrice d'obligations, et, notamment, le vendeur doit à l'acheteur la délivrance et la garantie.

On a prétendu accorder au cessionnaire, qui ne peut, nous venons de le voir, exclure le saisissant, parce qu'il n'a pu être rendu propriétaire de la créance, le droit de concourir avec ce même saisissant, en vertu de ce second effet de la vente :

En effet, dit-on, le cessionnaire est créancier de la délivrance et de la garantie.

Or, tout créancier, même postérieur à la saisie, peut saisir-arrêter, et concourt alors avec les sai-

sissants antérieurs dont la saisie n'a pas été validée.

Donc le cessionnaire, *dont la signification vaut saisie-arrêt*, vient au marc le franc avec le saisissant antérieur sur la partie arrêtée de la créance.

168. — Le syllogisme est en forme.

La mineure et l'incise de la conséquence sont bien l'objet d'une controverse, mais nous en accordons volontiers le bénéfice aux partisans de cette opinion ; là n'est pas, à notre avis, le nœud de la difficulté.

C'est la majeure qui est inexacte. Le cessionnaire est créancier de la garantie et de la délivrance, dit-on, en envisageant séparément en elle l'effet obligatoire, qu'on retient, à défaut de l'effet translatif qu'on ne peut invoquer.

C'est à quoi les principes de la vente nous semblent absolument réfractaires.

C'est la cession tout entière, aussi bien si on la considère comme engendrant les obligations de délivrance et de garantie que comme déplaçant la propriété, qui est inopposable au saisissant antérieur.

Le texte général sur la manière dont se parfait la vente le prouve suffisamment : art. 1583 : « Elle (la vente, ainsi qu'il ressort de la comparaison de ce texte avec le précédent), est parfaite entre les parties..... dès qu'on est convenu de la chose et du prix..... » La question de la perfection *de ce contrat* à l'égard des tiers a été réservée, et c'est elle que résout l'art. 1690, après que l'art. 1689 a rappelé, en l'appliquant spécialement à la cession, le principe de la consensualité *entre les parties* ; c'est elle qui

tranche également, pour les aliénations à titre onéreux d'immeubles susceptibles d'hypothèque, la loi du 23 mars 1855. C'est ainsi encore que, aux termes de l'art. 938, LA DONATION des mêmes biens est parfaite, *entre les parties*, *consensu*, tandis qu'à l'égard des tiers ELLE n'existe, — non-seulement comme acte translatif, mais en tant que donation, en tant même que créatrice d'obligation, — que par l'accomplissement de la transcription.

Et, en raison, il est facile d'expliquer, par l'analyse des éléments de la vente, que l'effet obligatoire ne puisse pas être opposé aux tiers, quand l'effet translatif ne le peut : c'est parce que cet effet translatif lui-même n'est que l'exécution immédiate, par la seule puissance du consentement, d'une OBLIGATION découlant du contrat de vente : celle de donner. Et parce que les autres obligations du vendeur n'en sont que le corollaire et la sanction.

Nous prouvons cette double proposition :

1° D'abord la vente ne transfère la propriété que parce qu'elle crée une obligation de donner que la loi répute immédiatement exécutée : (1).

Nous en trouvons la preuve dans l'art. 711, qui, énumérant les modes de translation de la propriété, ne cite pas la vente, mais seulement l'*effet des obligations* — c'est-à-dire, de l'obligation de donner : Si donc

(1) Cette opération intellectuelle, qui consiste à abdiquer le droit qu'on a dans un objet pour en revêtir un tiers, devait être présumée accomplie par la loi : sans cela, l'aliénateur eût toujours pu contester que sa volonté l'eût effectuée.

la vente transfère la propriété, c'est qu'elle renferme une obligation de cette nature, réputée instantanément accomplie, comme nous venons de le dire. Cette conception est en conformité parfaite avec la tradition : nous avons montré, dans l'Introduction, la vente toujours constitutive, et en Droit Romain, et dans l'ancien droit, de la simple obligation de transférer la propriété : Nous avons vu cette obligation s'exécuter, à l'origine, seulement moyennant certains actes apparents auxquels la loi avait attaché cet effet ; puis les parties s'affranchir peu à peu, dans sa réalisation, de ces formes tout extérieures, par la tradition symbolique, puis par la tradition de brève-main, enfin, par de simples clauses insérées au contrat de vente : de ces clauses, la dernière, celle de *dessaisine-saisine* opérait l'équivalent d'une translation consensuelle. Le Code, en présence de cet état de choses, s'est borné à sous-enteudre dans tous contrats de vente cette clause, qui était devenu de style, tellement elle répondait à la volonté des parties. La preuve que le Code a entendu conserver cette idée de la vente simplement créatrice de l'obligation de donner, c'est que les parties peuvent, par convention, reculer l'effet translatif, ce qui n'est guère possible qu'en admettant le maintien, par le législateur, de la clause de *dessaisine-saisine* qu'il a simplement sous-entendue.

Donc la translation, dans la vente et la cession, n'est que l'exécution d'une obligation de donner. Pourquoi vouloir alors séparer cette obligation des autres obligations que produit ce contrat? Pourquoi

laisser ces dernières produire leur entier effet contre les tiers, alors que celui de la première, la translation, est déclaré inopposable à ces mêmes tiers? Rien n'y autorise ; bien plus, et c'est là notre seconde proposition, nous allons montrer que les obligations de délivrance et de garantie, n'ont d'effet à l'égard d'une personne déterminée, que si celle de donner était valable à son égard.

2° Examinons successivement chacune des obligations de délivrance et de garantie :

L'obligation de délivrance n'est (art. 1136) que la conséquence de l'obligation de donner et ne se comprend, en effet, pas autrement. Donc, elle ne peut être opposée qu'à ceux contre qui l'obligation de donner elle-même produirait effet. Donc, le cessionnaire ne peut être réputé créancier de la délivrance à l'égard du créancier saisissant antérieur.

Quant à l'obligation de garantie, elle comprend deux chefs : le vendeur doit défendre en justice l'acheteur menacé d'une éviction ; s'il ne le fait ou s'il succombe, il doit l'indemniser d'après des règles connues. Le dernier chef, seul, se traduit d'une manière qui pourrait préjudicier au saisissant, puisqu'il se résout en une condamnation à des dommages-intérêts : il s'analyse en une exécution *par équivalent* de l'obligation de transférer la propriété, impossible à réaliser directement, soit parce que le vendeur était *non dominus*, soit parce que l'aliénation était inopposable à certaines classes de personnes. Que cette obligation ait effet à l'égard du

vendeur et de ses ayants-cause, c'est naturel, puisque le vendeur a eu tort d'aliéner dans ces conditions et doit replacer l'acquéreur dans la même situation que s'il eût valablement transféré la propriété. — Mais de quel droit voudrait-on lui faire produire effet à l'égard des tiers en faveur de qui la nullité de l'aliénation a été établie? Ne voit-on pas que — sauf la substitution d'une créance de dommages-intérêts à un droit de propriété exclusif, c'est leur retirer le bénéfice de cette qualité de tiers par rapport à la translation? Et que, spécialement, admettre à concourir sur la créance, avec le saisissant, le cessionnaire considéré comme créancier de la garantie, c'est retirer au premier, dans la même mesure, la protection qu'on lui accorde en lui rendant la cession inopposable? N'est-ce pas là une véritable subtilité?

Non, la vente est un contrat indivisible : elle doit, vis-à-vis d'une personne déterminée, sortir *tous* ses effets, ou n'en produire aucun.

Inopposable au saisissant comme translative, comme créatrice de l'obligation de donner, la cession ne peut valoir, à son égard, comme constituant le cessionnaire créancier de la délivrance et de la garantie.

169. — Notre conclusion est donc la suivante, dans cette première hypothèse :

Le créancier saisissant antérieur à la signification se paie à concurrence des causes de la saisie avant que le cessionnaire soit admis à faire valoir ses droits.

Cette solution a, de plus, l'avantage de rentrer dans le système général de la loi sur la publicité des cessions de créances.

170. — Cette décision était déjà celle de l'ancien Droit. Mais nous ne voulons pas tirer argument de cette circonstance, ainsi qu'on l'a fait quelquefois : car on peut l'expliquer par ce fait que le premier saisissant était alors muni d'un privilège à l'encontre des saisissants postérieurs (1). Or, même en admettant que le cessionnaire fût créancier du cédant à l'égard du saisissant antérieur et que la signification valût comme saisie, le créancier premier arrêtant eût encore primé le cessionnaire en vertu de ce privilège, la saisie étant, par hypothèse, antérieure à la notification.

171. — On a prétendu que le saisissant devait toutefois souffrir le concours du cessionnaire, quand celui-ci, ayant payé le prix ou la partie du prix pouvait se dire créancier de la restitution : en effet, ce n'est plus alors une action *ex empto* qu'il intente, c'est une *condictio ob rem dati*. Ce n'est plus la vente qu'il invoque, c'est le fait d'un paiement sans cause. La créance elle-même est donc opposable au saisissant antérieur. Or, la signification vaut saisie, puisque, acte en forme d'exploit, elle contient implicitement la défense de payer à tout autre qu'au cessionnaire. Le premier saisissant n'ayant plus de privilège, il s'éta-

(1) Pothier, X, n° 513.

blira donc un concours entre lui et le cessionnaire, considéré comme second saisissant.

Ce syllogisme est en forme ; mais la mineure est fausse :

Certes, le cessionnaire est créancier de la restitution du prix, même à l'encontre de saisissants antérieurs ; mais encore faut-il, pour qu'il vienne au marc le franc avec eux, qu'il ait lui-même fait une saisie-arrêt valable. Or, la notification ne remplit pas cette condition, quoi qu'en disent les partisans du système adverse. Elle a lieu, il est vrai, par ministère d'huissier, mais c'est son seul caractère commun avec la saisie-arrêt : en effet, la saisie doit se faire en vertu d'un titre, ou bien, si elle se fait sans titre, il faut l'autorisation du juge du domicile du débiteur ou du tiers saisi (Code de Procédure, art. 557 et 558). L'une ou l'autre de ces conditions se trouve-t-elle remplie par la notification ? Aucune : L'acte de cession ne peut, en effet, servir de titre que pour des droits provenant directement de cette cession : ce n'est pas le cas ici, le créancier découlant uniquement du *fait* du paiement sans cause ; et le cessionnaire ne s'est pas muni de l'autorisation du juge pour signifier. En second lieu, aux termes de l'art. 559, tout exploit de saisie-arrêt ou opposition doit énoncer la cause et la somme pour lesquelles la saisie a lieu : il devrait donc ici porter qu'il est fait pour le prix ou la partie du prix versé sans cause, en vertu d'une obligation du cédant, nouvelle, née du paiement

sans cause, la *condictio ob rem dati*, tandis que la notification ne vise que la créance cédée elle-même, l'obligation du cédé !

Pour les mêmes motifs, la notification ne vaudrait pas même d'une opposition qui, du reste, ne serait efficace que contre le cédant et non contre des créanciers saisissants antérieurs.

172. — Le cessionnaire devrait donc, pour concourir avec le saisissant antérieur, pratiquer une saisie valable. Mais alors, ce ne serait plus comme cessionnaire qu'il viendrait ; il n'invoquerait la vente et la notification à aucun titre : il se présenterait comme un créancier ordinaire. Nous n'avons donc pas à nous occuper de cette hypothèse.

173. — Nous maintenons donc fermement, dans le cas d'une signification précédée d'une saisie-arrêt par un créancier du cédant, la solution que nous avons donnée :

Le saisissant se désintéresse, dans la mesure des causes de la saisie, avant que le cessionnaire soit admis à faire valoir aucun des droits qu'il prétend en vertu du transport.

II

Cession suivie de saisie

174. — Nous supposons, à l'inverse du premier cas, que c'est la signification de la cession qui a précédé la saisie.

Cette hypothèse ne peut donner lieu à aucune

difficulté. En effet, le cessionnaire est saisi et le cédant dessaisi, au moment où la mesure d'exécution intervient : cette saisie porte ainsi à vide, sur un bien qui n'est plus dans le patrimoine du débiteur. Elle est donc de nul effet à l'égard du cessionnaire, dont le titre est devenu inattaquable pour les actes survenant postérieurement.

Conclusion : Le cessionnaire conserve intacte la créance ou la partie de créance qu'il a acquise.

III

Cession précédée et suivie de saisies

175. — La question, assez simple dans les deux hypothèses précédentes, se complique — ou, du moins, on la complique — singulièrement, au cas où il y a, en présence du cessionnaire, à la fois un saisissant antérieur et un saisissant postérieur.

Combinant les deux solutions dégagées dans les cas précédents, il semble tout naturel de conclure dans les termes suivants :

Le saisissant antérieur, pour qui la cession n'existe sous aucune forme, pour qui elle est totalement dénuée d'effet, se paie le premier;

Puis le cessionnaire, qui écarte les saisissants postérieurs, prend ce à quoi il a droit, sur le reste de la créance;

Si la créance n'est pas épuisée, — ce qui suppose que la cession est partielle et que, réunie aux saisies antérieures, elle n'excède pas le montant de la

créance, — les saisissants postérieurs se partagent le surplus, à concurrence et au prorata de leurs droits.

Cette solution, que nous proposerons, est simple; elle a même paru trop simple, puisque, ainsi que nous l'avons dit (n° 163), cinquante systèmes environ ont été émis, qui ont jeté sur la question une obscurité devenue proverbiale (1).

Que le saisissant antérieur prime absolument le cessionnaire, nous l'avons démontré sous le n° I;

Que le cessionnaire, à son tour, écarte, dans la mesure de ses droits, le saisissant postérieur, nous l'avons établi sous le n° II ;

Que tous se vengent ainsi dans l'ordre ci-dessus indiqué, c'est ce qui serait maintenant prouvé, si cette combinaison n'encourait trois objections très sérieuses, au moins en apparence, et qui, plus peut-être par un effet d'impression que par leur valeur réelle, en ont détourné la grande majorité des auteurs et des arrêts. Toutes proviennent, d'ailleurs, du jeu de principes étrangers à notre matière, inté-

(1) M. Barilliet, *Revue pratique*, année 1862, en énumère vingt-cinq. M. Houyvet, *loc. cit.*, procédant synthétiquement, ramène toutes les opinions émises à trois systèmes-types, qu'il qualifie : systèmes de l'indisponibité totale absolue, de l'indisponibilié partielle, de l'indisponibilité totale relative. Cet article et celui de M. Villequez, *Revue critique*, 1862, VIII, p. 454 et seq., remènent la lumière dans cette question. Nous nous rallions pleinement aux conclusions du second, et nous écartons du premier seulement en ce que, sans l'établir du reste, il reconnait au cessionnaire partiellement évincé par la première saisie, la qualité de créancier de la garantie contre le cédant vis-à-vis même de ce saisissant; il arrive ainsi à conclure à leur concours, contrairement à ce que nous avons établi, sous le n° I.

ressés par le fait de la coexistence de deux saisies.

176. — On a prétendu, d'abord, que la première saisie avait frappé et immobilisé la créance tout entière, la plaçant sous la main de justice, et rendant ainsi impossible tout acte ultérieur de disposition. Le cessionnaire ne pourrait donc invoquer, pour écarter le second saisissant, une cession d'avance frappée de stérilité.

Cette objection a été l'objet d'une réfutation complète et fort probante, qui ne laisse place ni raison d'être à aucun argument nouveau. Nous nous bornons donc à y renvoyer (1).

La théorie de l'indisponibilité totale absolue, à laquelle elle conduirait, est, du reste, depuis longtemps abandonnée en doctrine et en jurisprudence.

177. — On a objecté, en second lieu, que le créancier premier saisissant n'a, sous notre Code, aucun privilège sur les saisissants postérieurs, à l'encontre de ce qui se passait sous notre ancien Droit : le concours, voilà maintenant la règle (art. 2092).

Or, dit-on, le système proposé tend à créer, sans texte, en faveur du premier saisissant, un privilège, puisqu'il s'y paie intégralement avant que le second soit admis à se dédommager.

178. — Enfin, on nous reproche de baser cette préférence accordée au premier saisissant, sur la cession, puisque, pour repousser le second saisissant et lui refuser le concours sur la part qu'il reçoit, il

(1) MM. Houyvet, *loc. cit.*, p. 179, et Villequez, *loc. cit.*, p. 489.

se fonde sur la postériorité de la seconde saisie à la signification : or, la saisie est *res inter alios acta* ; donc, d'après les principes du droit, il ne peut légitimement s'en prévaloir.

178. — Ces deux objections, que l'on oppose couramment à notre théorie et aux systèmes connexes, semblent, à notre avis, trouver leur réfutation commune dans les observations suivantes qui ont, du reste, été déjà plusieurs fois présentées.

C'est que le premier saisissant ne réclame pas de privilège ; il ne fait qu'user de son droit de créancier vigilant et ne demande qu'une chose : ce qui lui est dû.

Il a pratiqué une saisie-arrêt : il partagera avec tous les autres créanciers de son débiteur qui feront, avant le jugement de validité, une saisie valable : Or, le créancier qui saisit postérieurement à la signification, fait une saisie nulle, puisque l'objet en est déjà sorti du patrimoine du débiteur.

C'est là le bénéfice de sa diligence.

Voudrait-on qu'il partageât avec le second saisissant ? Mais, alors, il souffrirait de la cession, si on ne lui accordait aucun recours contre le cessionnaire, ce qui est impossible. — Ou bien, si on lui concédait ce recours, ce serait le cessionnaire qui se verrait réduit par la signification ultérieure, qui lui est pourtant inopposable !

Si le second saisissant est en perte, qu'il n'attaque pas les principes : s'il avait été diligent, ces principes

auraient été sa sauvegarde : il ne doit s'en prendre qu'à lui-même !

179. — Cette solution est admise sans contestation partout ailleurs en matière de publicité : ainsi, le créancier hypothécaire qui a inscrit le premier, se paie sur l'immeuble en passant avant celui qui, muni d'un titre antérieur, n'a inscrit qu'après lui; celui de deux acquéreurs successifs qui a transcrit, a été mis en possession, ou a notifié le premier, suivant qu'il s'agit d'immeubles susceptibles d'hypothèque, de meubles ou de créances, est préféré à celui qui n'a pas accompli cette formalité : dira-t-on que le créancier hypothécaire, l'acquéreur ou le cessionnaire qui a publié son droit a un privilège sur les autres ? Dira-t-on, sous prétexte que la vente est *res inter alios acta*, que le créancier à hypothèque particulière est mal fondé à invoquer la vente transcrite, pour écarter un créancier à hypothèque légale ou à privilège qui n'a pas inscrit dans les délais légaux ?

Nous sommes en matière de publicité, de droit strict, par conséquent : ceux-là seuls sont protégés et méritaient d'être protégés par la loi, qui se sont montrés vigilants.

§ V

DE LA MASSE DES CRÉANCIERS EN CAS DE FAILLITE (1)

180. — La déclaration de faillite transforme en tiers les créanciers de la masse: tout acte ultérieur du failli ou des tiers au sujet des biens de leur débiteur est nul à leur égard.

C'est ainsi que, non-seulement le failli, par suite du dessaisissement, ne peut plus faire aucun acte, même d'administration, qui leur soit opposable — mais encore, de ce moment, on ne peut, à l'égard de la masse, prendre inscription d'hypothèques ou de privilèges (art. 448. C. Co.). En effet, celui qui n'a pas encore consolidé son droit n'est toujours qu'un ayant-cause du failli. Or, la masse étant par suite du jugement déclaratif, qui équivaut à une saisie en bloc, passée dans la classe des tiers, peut opposer au créancier hypothécaire ou privilégié, la tardivité de l'inscription. Etant donné ce motif, la même solution doit s'appliquer, bien que l'art. 448 n'en parle pas, à la notification d'une cession de créance consentie par le failli, comme on l'étend également à la transcription des aliénations immobilières.

(1) Il ne saurait évidemment être question d'apprécier la validité de la publicité, en matière de cession de créances consenties par un failli, que si on suppose la cession valable elle-même, c'est-à-dire consentie avant la période suspecte, ou pendant cette période, mais sans qu'il y ait lieu de l'annuler.

Postérieure au jugement déclaratif, la signification est donc inopposable à la masse, alors même que la cession aurait été consentie par le débiteur alors qu'il jouissait encore de sa pleine capacité : la créance restera comprise dans le gage de ses créanciers (1).

181. — La signification faite antérieurement à la déclaration de faillite, mais pendant la période suspecte, c'est-à-dire depuis le jour fixé comme étant celui de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette signification, serait-elle valable à l'égard de la masse ?

Nous avons déjà rencontré et traité cette question sous la section I, (n° 117), lorsque nous recherchions quelles personnes peuvent prétendre au titre de « tiers » au sens de l'article 1690. Nous avons alors démontré une double proposition, de laquelle il ressort que la notification faite dans ces conditions est parfaitement valable et produit effet contre les créanciers : d'abord les créanciers, n'étant pas encore constitués en masse, ne sont pas encore des tiers, et, restés simples ayants-cause de cédant, ne peuvent attaquer la notification comme tardive ; l'art. 446, qui édicte une nullité facultative pour les actes passés en période suspecte n'est pas davantage applicable, parceque la notification n'émane pas du futur failli, mais dépend uniquement du cessionnaire.

182. — Il résulte des observations présentées sous

(1) Demangeat, V. p. 205 en note; Lyon-Caen et Renault II, n° 2720 ; Cass. 14 janv. 1847, D. 1847, 1,133 ; Paris. 28 juin 1855, S, 1856 2,232 ; Civ. cass., 26 janv. 1863, D, 1863, 1,47.

le § 3, que les mêmes solutions devraient être admises quand, au lieu d'un cessionnaire, ce serait un créancier gagiste qui serait en concours avec la masse. La signification ou les formalités équivalentes, remplies par lui en vertu de l'art. 2075, seraient valables à l'égard de la faillite, si elles étaient faites avant le jugement déclaratif, fût-ce en période suspecte (1), inopposables si elles intervenaient après (2).

183. — Telle est, à l'égard de la publicité des transports passés ou des gages constitués par leur débiteur, la situation des créanciers d'un commerçant tombé en faillite. La déconfiture, au contraire, (n° 118), n'exerce aucune influence sur l'état du débiteur insolvable, et n'est l'objet d'aucune mesure d'ensemble : par suite, la publicité peut être donnée, comme en droit commun, aux cessions de créance et aux conventions de gage portant sur des biens incorporels, alors même que la justice aurait constaté cet état d'insolvabilité.

C'est une lacune : la faillite ne prouve pas nécessairement l'insolvabilité, qui existe essentiellement dans l'état de déconfiture : alors que le Code établissait pour la première des conséquences aussi graves, il ne fallait pas laisser les créanciers sans défense dans la seconde.

(1) Lyon-Caen, n°s 2763 et 2788, et page 742, n. 4.
(2) Lyon-Caen, II, p. 697, note 1.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

Pour qu'il y eût *mora*, il fallait une *interpellatio*.

II

L'action Paulienne n'est qu'une forme de l'*in integrum restitutio*.

III

A l'origine, toutes les actions étaient délictuelles.

IV

La *stipulatio pœnæ* n'est pas due de plein droit.

V

Le *nexum* ne renferme pas de mancipation.

VI

La *denuntiatio*, dans les cessions de créances, n'est pas une espèce de la *litis denuntiatio*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I

Les donations déguisées sont nulles.

II

Le retrait de droits litigieux est improprement qualifié retrait.

III

Dans le remploi, le mari agit comme chef de la communauté, et non comme gérant d'affaires de la femme.

IV

Les avances faites par un gérant d'affaires ne produisent intérêts que du jour de la demande.

V

La clause à ordre peut être insérée dans une obligation civile.

VI

La fraude ne peut suppléer aucune publicité légale.

HISTOIRE DU DROIT

I

La saisine dérive des institutions féodales.

DROIT COMMERCIAL

I

Dans le cas de deux faillites successives du même commerçant, les créanciers de la première ne peuvent venir que sur le reliquat net de la seconde.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I

La naturalisation est individuelle et non collective.

DROIT ADMINISTRATIF

I

Les dommages causés pour les travaux publics donnent au locataire une action directe contre l'Administration, et non contre le propriétaire.

Vu par le Président de la Thèse :
L. GUILLOUARD.

Vu par le Doyen :
EDMOND VILLEY.

Permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. ZÉVORT.

ERRATA

Pages	Au lieu de	Lire
9 (Bibliogr.)	COGLIOLO, *Saggi sopra l'évoluzione.*	COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione.*
	DANZ, *Lehrbuch der Geschicht*	DANZ, *Lehrbuch der Geschichte.*
	HUGO, *Lehrbuch, der Geschichte*	HUGO, *Lehrbuch ler Geschichte.*
11, 12, 13 . . .	loi *Pœtilia*	*loi Pœlilia.*
18, note, 2. .	*in æde Saturni*	*in æde Saturni.*
20	*Mami lius*	*Mamilius.*
20, note 3 et 21, note 1.	*prœter quœ*	*prœter quæ.*
24, note 1 . .	*Ueber des Recht*	*Ueber das Recht.*
57	entre pratriciens.	entre patriciens.
106, note 2 .	*Précis de droit civil*	*Précis de Droit Romain.*
120, note 4 .	loi des Sparts	loi des Spartiates.
123.	*reipublicœ*	*reipublicæ.*
197.	il se remontre	il se rencontre.
263, § 5 . . .	CESSIONS NE TITRES	CESSIONS DE TITRES.

TABLE DES MATIÈRES

LE NEXUM

ET LES DÉBITEURS A ROME

	Nos	Pages
Index des textes, sources et ouvrages cités		5-9
INTRODUCTION	1	11
CHAPITRE Ier. — Nature du Nexum	5	17
CHAPITRE II. — Objets et effets du Nexum.	18	38
Section I. — *Systèmes émis jusqu'à ce jour* :		
§ 1. — Exposé des systèmes.	21	39
§ 2. — Classification des systèmes. . .	36	50
§ 3. — Critique des systèmes.	38	52
I. — Critique du système de la Selbst-mancipation	38	52
1° Le débiteur n'est pas soumis au *dominium*	39	53
2° Il n'est pas *in mancipio* . . .	41	55
II. — Critique du système du *Nexum operarum*	48	65
Section II. — *Proposition d'un système* :		
§ 1. — Objet du *Nexum*.	51	68
§ 2. — Effets du *Nexum*.	65	80
1° L'exécution privée à Rome. .	73	87
2° L'exécution privée dans le *Nexum*	92	101
CONCLUSION.	114	129
APPENDICE.—La Loi Pætilia.« Judicati » et « Addicti. »	118	132

DE LA PUBLICITÉ

DES TRANSMISSIONS DE DROITS PERSONNELS

BIBLIOGRAPHIE		143
INTRODUCTION.	1	145
CHAPITRE I[er]. — QUELS TRANSPORTS DE DROITS PERSONNELS DOIVENT ÊTRE PUBLIÉS POUR PRODUIRE EFFET A L'ÉGARD DES TIERS.	14	174
I. — Il faut qu'il y ait transmission et que cette transmission constitue une cession	16	175
1° Il faut qu'il y ait transmission .	17	175
2° Il faut que cette transmission constitue une cession	26	189
II. — Il faut que la cession porte sur une créance.	27	191
CHAPITRE II. — EN QUOI CONSISTE LA PUBLICITÉ DES CESSIONS DE CRÉANCES.	41	202
SECTION I. — *De la publicité normale*	42	203
§ 1 — Règles spéciales à la signification.	46	210
§ 2. — Règles spéciales à l'acceptation .	58	218
§ 3. — Règles communes à la signification et à l'acceptation	65	224
SECTION II. — *Des Publicités spéciales à certaines cessions de créances* .	75	254
§ 1. — Publicité spéciale aux cessions de Rentes sur l'Etat	79	256
§ 2. — Publicité spéciale aux actions de la Banque de France	84	258
§ 3. — Publicité spéciale aux cessions de brevets d'invention. . . .	85	259
§ 4. — Publicité spéciale aux cessions de titres nominatifs.	89	260
§ 5. — Publicité spéciale aux cessions de titres au porteur	91	263
§ 6. — Publicité spéciale aux cessions de titres à ordre	93	264

SECTION. III. — *Du cas où il y a cumul de publicités*	96	267
CHAPITRE III.— SANCTION DE LA PUBLICITÉ DES CESSIONS DE CRÉANCES	105	278
SECTION I. — *Qui peut opposer le défaut de publicité*	106	279
§ 1. — Certains ayants-cause	112	286
I. — Des acquéreurs.	114	288
II. — Certains créanciers.	115	288
§ 2. — Le débiteur	121	297
SECTION II. — *Effets juridiques de l'exigence d'une publicité*	127	303
§ 1. — Du débiteur.	130	305
A. — Avant la notification. . . .	131	307
B. — Après la notification	150	319
C. — Hypothèse mixte	151	320
§ 2. — Du second cessionnaire	158	336
§ 3. — Du créancier gagiste	162	341
§ 4. — Des créanciers saisissants . . .	163	343
I. — Saisie suivie de cession. . . .	165	344
II. — Cession suivie de saisie . . .	174	354
III. — Cession précédée et suivie de saisies.	175	355
§ 5. — Des créanciers de la masse. . .	180	360
Positions		363
Errata		366

Caen. — Imp. E. ADELINE, rue Froide, 16